HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 626 012

Digitized by Google

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

ITALY

Digitized by Google

BIBLIOTECA SCELTA

DEL

FORO CRIMINALE ITALIANO

DIRETTA

DALL'AVVOCATO GIUSEPPE TOCCAGNI

Della Raccolta Vol. 12.°

TEORIA DELLA PROVA

DEL

D.r C. G. A. MITTERMAIER

Digitized by Google

TEORIA DELLA PROVA

NEL PROCESSO PENALE

Digitized by Google

TEORIA DELLA PROVA

NEL PROCESSO PENALE

DEL

D.R C. G. A. MITTERMAIER

Consigliere intimo e Professore in Heidelberg

TRADUZIONE ITALIANA

ESEGUITA SULL'ORIGINALE TEDESCO

DAL

D.r FILIPPO AMBROSOLI

CON MOLTE AGGIUNTE INEDITE DELL'AUTORE
E CON NOTE DEL TRADUTTORE SULLA LEGISLAZIONE AUSTRIACA.

MILANO

LIBRERIA DI FRANCESCO SANVITO

1858.

Comp
994
M. AI
1858

For T Y
M

La proprietà della presente traduzione, per espressa rinunzia dei signori *Negretti* e *C.* di Mantova, è ora dell'*editore librajo Francesco Sanvito*, il quale si pone sotto la tutela delle vigenti leggi e convenzioni sulla *proprietà letteraria*.

Tipografia Scotti.

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

La *Teoria della prova* dell' illustre Professore e consigliere intimo Mittermaier, fu stampata a Darmstadt fino dal 1834 [1], quando in Germania si agitava tuttavia la quistione se fosse da preferirsi il sistema delle prove legali e dei giudici permanenti, o quello del libero convincimento e del giurì. Molto erasi già scritto su questa importante materia; e i due sistemi avevano numerosi seguaci; alcuni dei quali, transigendo, per così dire, si attenevano ad un sistema misto, che attribuisce ai giudici permanenti la facoltà di decidere secondo l' intima convinzione. In mezzo a queste controversie comparve l' opera del professore Mittermaier, il quale con acutezza di mente e profondità d' erudizione, raccogliendo dallo studio delle

1 Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse, ecc. vom D.r C. J. A. Mittermaier, Geheimrathe und Professor in Heidelberg. *Darmstadt* 1834, in Johann Wilhelm Heyer's Verlagshandlung.

713270

legislazioni antiche e moderne quei tratti salienti che segnano, non già l'arbitrio di un legislatore, o le accidentali e passeggiere condizioni di un popolo, ma i progressi dello spirito umano, seppe aprirsi la via a quel tipo di perfezione, a cui da tanto tempo erano rivolti gli sforzi dei legislatori e dei dotti.

Quella via era lunga e difficile; seminata di errori, di ingiustizie e persino di prepotenze: frutti infelici di età infelicissime. Già da tempo, è vero, erano scomparse quelle instituzioni, che per tanti secoli avevano avuto largo e non contrastato imperio, offendendo impunemente, in tante vittime, la ragione e la morale, non meno che la religione e il diritto. Ma era d'uopo proclamare apertamente che il fine sommo d'ogni processo dev'essere, non una verità fittizia e di convenzione (detta *formale*), com'era quella prodotta dal duello giudiziario, dai giudizj di Dio e dalla tortura; ma una verità assoluta, di fatto, o, come la chiamano, materiale. E posto questo principio, bisognava procedere francamente di conseguenza in conseguenza, e proclamare altresì che la verità assoluta non può essere ricercata, e tanto meno scoperta, con mezzi meramente convenzionali, o che si risolvono in mere presunzioni di diritto, ma soltanto con mezzi riconosciuti dalla ragione e approvati dall'esperienza: con quei mezzi cioè che rispondono, nel tempo istesso, all'ordine logico ed ai principj del giusto. Tutte quelle prove che conducono ad una verità *formale*, simile a quella di cui dee contentarsi talora il giudice civile, come, a cagion d'esempio, la confessione presunta nella contumacia, non possono bastare pel giudice penale, perchè decide di diritti inalienabili e provvede alla publica sicurezza.

Le *prove legali* adunque, nel significato *positivo* in cui si trovavano adottate da alcune leggi, specialmente tedesche, non corrispondono a un buon sistema di procedura; perchè creano una certezza artificiale, e sostituiscono la presunzione alla verità.

Ma qui stava il punto decisivo. A molti scrittori era sembrato inevitabile di ricorrere, come ad unica via di salvezza, al sistema dell'intimo convincimento, e di abbandonarsi alla coscienza dei giudici, senza nemmeno chiedere conto a questi del perchè seguissero una opinione piuttosto che un'altra. Tale era la situazione in cui l'egregio Autore trovò la scienza e la legislazione. Erano cessati i terrori e gli artificj dell'antico sistema; ma l'indefinito e le incertezze e i pericoli del nuovo, che minacciava di diffondersi, non potevano restare inavvertiti alla mente di un giureconsulto filosofo; nè le abbaglianti apparenze erano tali da celare affatto al suo occhio scrutatore, il male che quel sistema recava con sè. La ragione può essere sacrificata in questo, come già nel vecchio, sebbene per vie diverse. Prima era oppressa e conculcata tra gli orrori della tortura; poi inceppata tra le regole inflessibili delle prove legali tassative; ed ora dimenticata, e posposta a un vago ed oscuro sentimento, e ad un preteso istinto del vero; splendidi nomi sotto cui può nascondersi l'illusione, per non dire l'arbitrio.

La ragione applicata alla ricerca del vero assoluto, è pertanto il sistema preferito dall'Autore; la decisione è, secondo lui, una operazione logica dell'intelletto, il quale si determina a creder vera una cosa in seguito all'accurata e razionale ponderazione di tutti gli argomenti che stanno pro e contra; ed è per ciò stesso in grado di ren-

derne conto esattissimo. La legge deve da un lato astenersi dal dare precetti assoluti e inflessibili che possano costringere il giudice ad ammettere per vere anche quelle cose, che il raziocinio non concepisce nè approva; e dall'altro non abbandonarsi affatto al modo individuale di vedere dei giudici, nè privarli di quell'ajuto che lor possono dare le esperienze dei secoli percorsi. Epperò, guardandosi dal comandare, la legge deve soccorrere, presentando quelle regole generali, che bastano a porre in guardia contro le illusioni o la fallacia di alcune prove, e massime della prova indiziaria.

Ridonata così all'umana ragione, nell'argomento delle prove, tutta la sua autorità, non è nemmeno necessario di dire quanta importanza debba avere un'opera dedotta dai principj filosofici sull'intima natura delle prove e sul grado di fede che loro è dovuta, cimentati e sanciti da una diuturna esperienza. I pratici sanno ancor meglio dei teorici quali e quante difficoltà si sollevano ogni giorno nella valutazione delle prove; e chi non ha fatta la sgraziata abitudine di numerarle, e dirsi convinto quando il numero è compiuto; chi con animo peritoso e con scrupolosa coscienza e con tranquillo raziocinio pesa gli argomenti di sicurezza e di dubbio, costui riconoscerà facilmente il pregio d'un lavoro filosofico, dove le quistioni sono richiamate ai loro principj, e dove, senza trascurare la legge, s'interroga la ragione universale.

Quest'opera lodatissima era stata tradotta in francese nel 1848 da M.r Alexandre, ora Procuratore Generale a Nancy; e quella traduzione ebbe largo spaccio anche in Italia, e servì anzi di testo ad una traduzione italiana publicata nel Regno di Napoli (*). Ma da un lato era a cre-

dersi che una traduzione eseguita *sul testo originale* potesse essere ancora desiderata da non pochi; e dall'altro l'edizione francese era uscita allora appunto che s'apriva un nuovo ed importante periodo di riforme legislative.

L'illustre Autore, accordandoci il permesso di tradurre in italiano la sua opera, volle anche mandarci molte aggiunte relative agli ultimi progressi della scienza e della legislazione nella materia delle prove. « Amo troppo l'Italia, così egli ci scrive, per trascurar l'occasione di essere utile agli studi ed alla pratica di questo paese ». Copiose aggiunte, ricche di dottrina e di sapienti osservazioni, danno ora a quest'opera un'importanza tanto maggiore, in quanto che l'Autore, per una gentile deferenza ai bisogni nostri, ha voluto occuparsi anche del Regolamento di Procedura penale 29 luglio 1853 qui in vigore.

Ma poichè l'indole del libro non permetteva ch'egli si diffondesse gran fatto in applicazioni positive, parve a noi di far cosa utile, aggiungendo, dove la materia lo richiedeva, quei riscontri colla nostra legislazione, che giovassero a stabilire un legame tra la teoria astratta e la pratica dei Tribunali.

Tale è il libro che abbiam preso a tradurre; tale l'intendimento che ci ha guidati nell'assumere questa fatica, la quale speriamo che sarà bene accolta. Gli studiosi poi saranno riconoscenti alla singolare cortesia del chiarissimo Criminalista, che ha voluto far dono all'Italia dei tesori della sua grande dottrina.

Dr. Filippo Ambrosoli.

Digitized by Google

NOTA

(*) Chi raffrontasse questa traduzione colla francese, trovando in più luoghi differenze notabili, potrebbe sospettar facilmente che il traduttore italiano abbia preso qualche grosso errore nella interpretazione del testo. Si è trovato necessario perciò di citare il testo di alcuni passi, dove quelle differenze s'incontrano, affinchè ognuno veda da qual parte stia l'errore. Questo confronto farà poi conoscere altresì che la versione italiana publicata da un anonimo in Palermo nel 1867, fu eseguita sulla francese con quasi tutte le sue inesattezze, e coi suoi arbitrj, e sinanche colle sue contradizioni coll'originale.

Eccone qualche esempio:

A pag. 16-17 del testo è detto che Menochio e Mascardo *den Irrthum verbreiteten, als wenn der Richter, sobald zwei Zeugen übereinstimmend aussagen, schuldig wäre, das Strafurtheil auszusprechen*, che cioè diffusero l'errore che il giudice sia in obbligo di condannare tutte le volte che due testimonj depongono concordemente. Il traduttore francese voltò quelle parole in queste altre: *on les voit* (Menochio e Mascardo) *contribuer.... à repandre cette idée erronée que le juge serait fautif en condamnant sur la deposition de deux témoins seulement.* E l'italiano (pag. 19 citata ediz.): *noi li veggiamo.... contribuire a diffondere il falso principio d'esser fallibile il giudice che condanni sulla deposizione di soli due testimonj.*

A pag. 135 del testo è detto, a proposito del giuramento purgatorio: *allein schwerlich wird je eine weise Gesetzgebung.... den Reinigungseid mehr in dem Strafgesetzbuche als ein Entscheidigungsmittel aufnehmen.* (Difficilmente una savia legislazione ammetterà di qui innanzi nel suo codice penale il giuramento purgatorio, come uno dei mezzi di prova). Il traduttore francese: *mais si le législateur est prudent.... il n'inscrira dans les Codes le serment purgatoire que comme un moyen de décision pur et simple tout au plus..* E così l'italiano (pag. 111): *Ma se il legislatore è prudente, nel suo codice non porrà il giuramento purgatorio che come un semplice mezzo su cui il giudice può decidersi, e nulla di più.*

Il lettore potrà ora giudicare da sè; nè questi sono i soli passi, in cui le due traduzioni, ora citate, hanno fatto dire all'Autore l'opposto di quello che stava scritto nel testo.

AVVERTIMENTO

Benchè la traduzione siasi eseguita sull' originale tedesco, non si vollero però trascurare le aggiunte che già nel 1848 *il Prof.* Mittermaier *aveva comunicato al traduttore francese* M.r Alexandre. *Perciò nella presente traduzione si sono distinte con apposito cenno le aggiunte d'allora, da quelle, fin qui inedite, comunicate adesso al traduttore italiano.* Queste poi, o stanno da sè, e sono indicate colle parole AGGIUNTA INEDITA; o sono intercalate, e si intrecciano coi periodi del testo, e allora la parte inedita è indicata col segno † al principio e alla fine. *In questi casi le note relative a tal parte sono con lettere dell' alfabeto per non alterare la serie delle note d' ogni capitolo, le quali hanno il numero progressivo. — Quelle del traduttore sono indicate con asterisco e colla lettera* A.

È da aggiungersi finalmente che nelle note, dove il testo poneva soltanto la citazione di una legge romana, si è riferito il passo relativo per comodo del lettore.

Digitized by Google

PREFAZIONE DELL' AUTORE

ALLA EDIZIONE DEL 1834

Per rispondere con fondamento al quesito: — Qual valore abbia una teoria legale di prove nel processo penale, — *è necessario di studiare primamente le opere e le legislazioni che concorsero a stabilirla; poi di considerare in qual modo questo sistema riesca praticamente nella nobile sua missione di proteggere l' innocenza, e nell' attuare il suo carattere fondamentale, dedotto dai sommi principj relativi alla indagine della verità, senza escludere il prudente arbitrio del giudice. Questo lavoro conduceva da sè a prendere in accurato esame le massime fondamentali che governano il processo penale, e in ispecie i principj accusatorio ed inquisitorio, come pure a studiare i rapporti della prova colla publicità, e a investigare se una teoria legale di prove sia compatibile colla instituzione dei giurati. Sul qual ultimo argomento ci siamo limitati a svolgere scrupolosamente ciò che avevano detto gli scrittori inglesi, quali* Chitty, Phillips, Starkie, Russel, ecc., *nelle loro opere illustri intorno alle*

prove; giacchè poteva bastare il far conoscere le idee che dominano in un paese, dove il processo penale si fonda appunto sul giurì.

Abbiamo cercato di esporre la teoria legale di prove ne' suoi elementi, di dedurre dai principj tutte le possibili conseguenze, e di raccogliere le esperienze che ne furono fatte. D'altro canto non abbiamo ommesso di prendere in esame le nuove legislazioni tedesche e i progetti che si fecero per porre d' accordo i diversi sistemi, occupandoci in particolare delle differenze che passano tra la legislazione inglese e la francese.

Il publico giudizio vorrà, ne confidiamo, essere favorevole anche a questa nostra opera, la quale è, in sostanza, una nuova edizione di quella già publicata nell' anno 1809.

Heidelberg, gennaio 1834.

MITTERMAIER.

TEORIA DELLA PROVA

NEL PROCESSO PENALE

PARTE PRIMA.

DELLA PROVA IN GENERE NEL PROCESSO PENALE, E DEL MODO DI REGOLARLA, SECONDO CHE LA FACOLTÀ DI PRONUNZIARE LE SENTENZE SPETTA AI GIUDICI GIURISPERITI OD AI GIURATI.

CAPITOLO I.

Importanza della prova nel processo penale.

Le più savie leggi penali sarebbero inutili, se coloro che le disprezzano, e turbano coi misfatti la tranquillità dei cittadini, non venissero irremissibilmente colpiti colle pene che esse minacciano. Per trattenere dal delitto chi si sentisse inclinato a commetterne, e per proteggere la publica sicurezza, non avvi che una via: infondere negli animi la certezza che niuno possa presumere di sottrarsi al braccio della giustizia punitiva. Ogni delitto impunito alletta altri dieci malvagi a rischiare una lotta colla legge troppo debole: e perfino in quei paesi dove sono in vigore leggi penali severissime, contra le quali il buon senso del popolo si solleva, l'esperienza dimostra [1] che i delitti si accrescono, poichè i colpevoli possono far conto che i

1 Sono degne di considerazione le notizie date in proposito da WAKEFIELD nell'opera: *Facts relating to the punishment of death in the metropolis* (Fatti relativi all'applicazione della pena di morte nella metropoli) Londra, 1831.

giudici pronunzieranno piuttosto una decisione di non colpabilità, per non sentire dalla propria coscienza il rimprovero d'aver cooperato all'applicazione d'una pena sproporzionata.

La parte più importante d'una sentenza penale è quella con cui si dichiara se il delitto sia stato commesso; se lo abbia commesso l'accusato; e sotto quali circostanze determinanti la punibilità. Decisa affermativamente questa prima parte, la seconda ne è una conseguenza naturale; null'altro restando da fare ai giudici che di applicare la legge ai fatti. Ecco perchè ogni popolo, il quale senta l'importanza della libertà individuale e civile, s'accorge che il processo penale può essere un pericoloso stromento di oppressione; che perciò importa sommamente di stabilire savie e prudenti prescrizioni sul modo di decidere le quistioni di fatto; e che coloro i quali sono chiamati a sentenziare se i loro concittadini siano o non siano colpevoli, hanno con ciò stesso su di loro un diritto di vita e di morte. Quelle vittime che nei tempi burrascosi di rivoluzione caddero sul patibolo, per avere avuto una opinione politica dissenziente da quella di chi teneva il potere, perdettero la vita secondo le così dette forme giuridiche di procedura penale. Essi erano senz'altro perduti, allorquando i giudici del fatto, a cui spettava di decidere sulla verità dell'accusa, avevano proferita la tremenda parola *colpevole;* perocchè ai giudici del diritto rimaneva soltanto da pronunziare, sanguinante forse il cuore, la sentenza di condanna.

La decisione intorno alla verità dei fatti che sono oggetto dell'accusa, ha per fondamento la *prova*. Somministrare la prova dei fatti che vengono imputati, è carico dell'accusatore; dissiparla e addurre la prova dei fatti che stanno a discolpa, è carico dell'accusato (*). Gli sforzi dell'inquirente poi sono diretti a constatare la prova dei diversi fatti che hanno influenza sulla decisione da proferirsi: la quale si fonda appunto su quelli che i giudici considerano siccome provati. Egli è per questo che la più importante sezione delle leggi di procedura penale è quella che tratta delle prove.

(*) Si vedrà in seguito, nel Cap. XVII, che questa distinzione non dee prendersi in via assoluta. — A.

Intorno a tale argomento ecco che cosa contiene ogni legislazione:

I. Quali siano le persone, a cui la legge affida la facoltà di pronunziare la sentenza.

Esse sono, o i *giurati* [2], cioè uomini scelti di caso in caso tra i cittadini, in guisa che l'accusato, a cui compete il più ampio diritto di ricusa, viene ad essersi sottoposto a loro, come a suoi giudici; — oppure giudici giurisperiti, nominati dallo Stato per decidere i processi criminali in genere. E mentre i giurati devono sentenziare, seguendo unicamente la loro intima convinzione, di cui sono tenuti a dare i motivi, i giudici, per l' opposto, devono seguire certe regole di prova, che la legge ha stabilite.

Le guarentie concesse all' accusato, allo scopo di assicurarlo che la sentenza da proferirsi intorno alla sua colpabilità sia giusta, sono differenti, secondo che questa spetta ai giurati od ai giudici giurisperiti. Nel primo caso è una guarentia di natura piuttosto politica, poichè l' accusato può ben credere che i giurati scelti tra il popolo, in mezzo al quale rientrano, dopo emanata la sentenza, sappiano meglio valutare qual pericolo per la libertà civile si celi in una accusa ingiusta; e trovandosi indipendenti dal Potere, abbiano da avere il coraggio di seguire il proprio convincimento e di assolvere l' accusato anche in quei casi, in cui il Potere volesse che fosse dichiarato colpevole. E soprattutto nelle accuse di reati politici l'accusato può calcolare che i giurati conoscano addentro tutti i rapporti della vita civile, ed essendo essi medesimi altamente interessati al mantenimento dell'ordine publico, siano anche in istato di conoscere meglio se il preteso delitto sia veramente un attentato pericoloso alla società, o non piuttosto un esercizio legittimo della libertà politica [3]. — Che se la sen-

2 Intorno alla natura del Giurì vedi l' opera *Das deutsche Strafverfahren* (*La procedura penale tedesca*) di Mittermaier, 4.ª edizione (Heidelberg 1847), tradotta anche in francese. — *Aggiunta inedita:* La condizione attuale del Giurì può vedersi nelle altre due opere *Das englische Strafverfahren* (*La procedura penale inglese*), pag. 52 e segg., e *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren* (Legislazione e pratica di procedura penale (Erlangen 1856, § 14 e seg.).

3 Egli è perciò che alcuni scrittori, i quali vorrebbero dimostrare che il Giurì è insufficiente affatto pei delitti comuni, pure se ne dichiarano fautori per la decisione dei delitti politici. Fra gli altri, Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Pisa 1832, vol. IV, pag. 365 (Lib. IV, c. XX).

tenza si pronunzia dai giudici dello Stato, la guarentìa sta per l'opposto nella *legge;* la quale prescrive loro esattamente su quali prove dovranno decidere, e vincola il loro arbitrio coll'obbligarlo a valutare i fatti non altrimenti che secondo la misura legale, ed a rendere conto della loro decisione nei motivi, di cui la devono accompagnare.

II. I precetti della legge intorno alla prova si riferiscono anche alla qualità dei mezzi, di cui può servirsi l'inquirente, per ricercare la verità. E qui riesce importante di vedere se la legge concede l'uso della tortura, oppure, vietando qualunque coazione [4], limita i mezzi dell'inqui-

4. Le così dette *pene di disobbedienza (Ungehorsamstrafen)* nelle quali molti legislatori si sono illusi, conducono facilmente di per sè ad un metodo di costringimento, pericoloso alla scoperta della verità. Arnim, *Ueber Verbrechen und Strafen* (Dei delitti e delle pene, I pag. 32 e la *procedura penale tedesca,* I § 76).

Aggiunta inedita a questa nota: Una importante riforma è seguita nel diritto penale, per il progresso delle nuove legislazioni. Le pene di disobbedienza furono abolite, specialmente le pene corporali, che venivano applicate contro quegli imputati che non danno risposta a nessuna domanda o a taluna, che mentiscono, si contradicono, o si comportano male, per protrarre l'inquisizione. Si dovette sempre più persuadersi che tali pene sono per sè stesse ingiuste, perchè colpiscono il rifiuto di rispondere, senza che poi si sappia dimostrare che ne esista il dovere; si dovette riconoscere che il diritto d'infliggere queste pene può essere facilmente abusato, e che rende per conseguenza sospetta la stessa confessione che ne fosse seguita. Perciò in Austria queste pene furono vietate, prima colla legge 22 maggio 1848, poi col reg. di proc. pen. 29 luglio 1853, § 182 (Vedi Hye, *Principj fondamentali* ecc., pag. 65 e 271 della traduz. ital.). Lo stesso avvenne nel granducato di Baden (legge 5 nov. 1851), in Prussia (1849), in Baviera (1848), in Sassonia (codice del 1855, § 171). Grandi vantaggi ne derivarono, perchè vennero a cessare quelle laboriose insistenze con cui il giudice inquirente cercava di ottenere la confessione; si evitano non poche ritrattazioni; e quando la confessione vien fatta, inspira maggior fiducia, appunto perchè libera, e perchè, coll'abolizione di ogni costringimento, viene reso omaggio al principio che l'accusatore ha l'obbligo di dimostrare il suo assunto contro l'accusato (*).

(*) L'abitudine del vecchio sistema, nel quale (§§ 363 e 364 del cod. austr. 1803) il digiuno e i colpi di bastone erano adoperati contro l'inquisito che simulava pazzia, o rifiutavasi di rispondere; e d'altro canto una certa quale elasticità di frasi sulla *forza sempre crescente* con cui devono opporsi all'inquisito gli argomenti di prova, onde si convinca della inutilità delle sue negative, e sulla seria e decorosa *insistenza* che il giudice inquirente deve esercitare, affinchè l'inquisito, che mostra ambascia od angustia, *scopra il vero* (§§ 177 e 179 del nuovo reg. austr.), spiegano come nei costituti dell'inquisizione speciale scritta vedasi tuttora l'usanza di accompagnare le domande, con cui si fanno conoscere i mezzi di prova, da una o più argomentazioni, escussioni ed ammonizioni, dirette a persuadere l'imputato a confessare. Gli si ricorda ad ogni tratto che *a sua confusione e rossore* gli si faran conoscere altre prove, se persisterà nella sua *sfacciata* negativa; lo si *esorta,* lo si *eccita,* a meritarsi *i riguardi della giustizia* con una sincera confessione, e lo si minaccia di porgli a confronto, *a sua vergogna,* i testimonj, che gli sosterranno *la verità sulla*

rente al solo uso di quelle prove, che, fondate sulla ragione e sulla diuturna esperienza, si mostrano in sommo grado opportune alla scoperta della verità. Oltre di ciò avvi un'altra differenza, secondo che la legge applica al processo penale anche quei mezzi di prova che valgono nel processo civile, per esempio, il giuramento: ovvero esclude tutte quelle prove che ricevono valore unicamente dal principio della acquiescenza, cioè dell'abbandono del proprio diritto; principio che non può avere efficacia nel processo penale.

III. Precipuamente poi variano le condizioni della prova secondo che la legge impone ai giudici certe regole, o non ne impone nessuna. Nel primo caso convien distinguere, se i mezzi di prova sono indicati in modo e numero così tassativo, e se gli altri requisiti della credibilità son voluti in modo così rigoroso, da dovere assolutamente i giudici considerare siccome sussistente la prova, ogni qual volta si verificano siffatte condizioni; oppure se la legge pone soltanto alcuni limiti all'arbitrio, e dichiara che qualora vi siano appena certi mezzi di prova, non si possa proferire una condanna; p. e. che sulla deposizione di un testimonio *unico* l'accusato non possa essere condannato. Quanto più sono rigorose le norme legali di prova, e quanto più limitato è il numero delle prove ammissibili in legge, tanto riesce più scarso il numero delle sentenze di condanna, e più manifesto il disaccordo tra il voto generale del publico sulla colpa degli accusati, e le sentenze cui sono costretti di proferire i giudici, vincolati alle prescrizioni della legge. E quanto più è grande siffatto disaccordo, tanto si fanno più alte le lagnanze dei cittadini sulla insufficienza della giustizia punitiva, e sui danni della impunità di coloro, che la voce comune dichiara colpevoli.

Nel dare i precetti sulla prova la legislazione è guidata da quei medesimi principj generali che sono i fondamenti del processo penale. Tali sono: 1.° l'interesse della società, e la necessità che nessun colpevole vada impunito; 2.° la protezione della libertà individuale e civile, che può essere gravemente minacciata con un processo penale, e per con-

faccia. Noi vorremmo veder scomparire tutte queste forme, le quali erano proprie dell'antica procedura, in cui, sotto il nome di pene di disobbedienza, di mezzi compulsivi, di misure disciplinari e simili, celavasi in sostanza un resto di *tortura*. Vedi Hye, Comm. al Cod. pen. austr., vol. I della trad. ital., pag. 747 — A.

seguenza la necessità che nessun innocente subisca una pena. Il primo di questi principj deve indurre il legislatore a lasciare al giudice la maggior possibile libertà d'azione, affinchè precetti troppo rigorosi non impediscano la condanna del vero colpevole; laonde egli deve eziandio allargare la cerchia di quei mezzi di prova, sui quali può fondarsi una sentenza di condanna, e non pretendere troppe e troppo severe condizioni per renderle credibili, affinchè, sotto l'egida di siffatte condizioni (taluna delle quali può sovente mancare), il colpevole non isfugga alla pena meritata. Ma ecco, in questo mezzo, sorgere il timore che un giudice poco esperto, abbagliato dalla ingannevole apparenza di certi mezzi di prova, non si lasci indurre ad attribuire ad una prova un valore maggiore di quello che sembra meritare, secondo la esperienza. E però il legislatore vorrà piuttosto richiedere condizioni maggiori ed erigere a regole generali certe considerazioni, che sogliono guidare il giudice nel pesare praticamente le prove [5]. Questo timore di colpire un innocente moverà anch'esso a restringere, quanto è possibile, i mezzi probatorj, su cui può essere proferita una sentenza.

A seconda poi che il legislatore si attiene al principio di difendere l'interesse della società, od a quello di proteggere la libertà individuale, la teoria delle prove riesce o più larga o più stretta. Se egli segue questo secondo, non s'arrischia di dar valore di prova, nelle sentenze di condanna, al concorso d'indizj, pel motivo che la prova artificiale si è dimostrata sovente assai fallace; e cerca di ovviare al pericolo di condanne ingiuste col richiedere una lunga serie di condizioni. E per l'opposto il legislatore che mira precipuamente all'importanza che ha la pena, per il mantenimento della sicurezza sociale, abbandona al criterio dei giudici la decisione, se nel caso concreto la prova per mezzo di indizj sia completa o no, e si limita piuttosto a renderli attenti e vigili, mediante alcune regole generali, sopra alcuni punti dimostrati dall'esperienza, astenendosi dal dare precetti o divieti assoluti.

5 Ciò si scorge, per esempio, in modo evidente nelle regole poste dal legislatore sulla valutazione della prova *indiziaria*. Saviamente esso avverte il giudice che vi deve essere un concorso di indizj *precedenti* e *concomitanti;* ma qualora ne formasse una condizione indeclinabile, vincolerebbe talmente la libertà del giudice, che questi dovrebbe assai spesso assolvere anche veri colpevoli.

La quistione intorno al valore della prova interviene nel processo penale, non solo allorquando la procedura si chiude per decidere sulla verità dell'accusa e sulla reità ma anche durante il processo e nelle sue singole fasi, allorquando l'inquirente esamina se sia così verosimile che fu commesso il delitto o che ne è colpevole una data persona, da credersi autorizzato a certi passi e a certe operazioni processuali. Ciò accade: 1.° quando sorge la quistione se possa avviarsi una inquisizione contro una persona determinata; 2.° quando trattasi di vedere se sussista contro di essa un tal grado di sospetto, da potersi ordinare il suo arresto; 3.° quando si esamina se sussistano le condizioni necessarie per porre un imputato in istato d'accusa, o (nel significato del processo tedesco (*)) per decretare l'inquisizione speciale.

Aggiunta inedita.

Dall'indole della Teoria della prova viene grandemente modificato il processo penale nel suo andamento e nella sua direzione, sia, o no, fondato sui principj della oralità e dell'accusa. Tutto dipende da ciò: se la legge voglia che la decisione si debba pronunziare secondo il così detto convincimento (*intime conviction*), ovvero secondo regole determinate di prove legali. La prima opinione conduce al Giurì, secondo il modello francese; così avvenne delle nuove legislazioni tedesche dopo il 1848; e così anche di quelle che non introdussero bensì i giurati, ma, tolte le prove legali, concedettero ai giudici permanenti di decidere secondo l'intima loro persuasione. L'altra opinione è quella adottata dalle legislazioni inglese ed americana, e tra quelle che danno l'incarico di proferir le sentenze ai giudici permanenti, dalle nuove leggi di procedura penale d'Austria (1853) e di Modena (1855). Nel sistema dell'intimo convincimento

(*) In questo ed in altri luoghi dell'opera i lettori vorranno ricordarsi che l'Autore la scriveva nel 1854, quando in tutta Germania aveva pieno vigore il sistema inquisitorio segreto di procedura. Le note ed aggiunte che si troveranno ai debiti luoghi, dimostrano che oramai dappertutto è subentrato il sistema o metodo accusatorio, il quale però non esclude che, prima del decreto che mette l'imputato in istato d'accusa, possa essere avviata altresì contro di lui l'inquisizione *speciale*, come ha luogo pel Regolamento austriaco di Procedura penale 29 luglio 1853 (§ 145). In questo sistema pertanto la quistione di prova occorre tre volte: la prima per decretare l'inquisizione speciale, la seconda per porre l'inquisito in istato d'accusa, la terza per decidere della sua reità — A.

però la procedura non può avere un conveniente andamento logico; il Publico Ministero adopera tutti i mezzi, e adduce motivi che agiscono benanco sul sentimento (p.e. la cattiva fama, la spinta che dovette avere l'accusato, e simili) nella mira di convincere della reità i giurati ed i giudici; e per l'opposto il difensore adopera esso pure ogni sforzo per piegare l'animo loro in favore del suo cliente; donde avviene che il dibattimento si rende prolisso e facilmente confuso. Nell'altro sistema, al contrario, il processo ha il carattere di una *operazione intellettuale* logica; il Publico Ministero dee cercare di convincere i giudici con *prove*, le quali agiscano *sulla ragione*, secondo le regole della certezza; e il difensore ben sente allora non potergli giovare le declamazioni, ma dovere anch'esso abbattere con un metodo logico le prove della reità. Di tal maniera il dibattimento riesce più semplice, più breve, più pacato e più decoroso. La qual cosa quanto sia vera, dimostrasi anche dal confronto tra i dibattimenti che si tengono in Austria, secondo il nuovo Reg. di proc. pen., e quelli che si tengono in Francia e in molti paesi tedeschi.

CAPITOLO II.

Svolgimento storico delle idee sulla prova.

Ogni popolo, per poco civilizzato che sia, si forma alcune idee intorno all'amministrazione delle prove, e però anche intorno ai mezzi con cui l'accusatore e l'accusato cercano di persuadere ai giudici la verità delle loro asserzioni, e intorno ai fondamenti sui quali i giudici stessi, devono sentenziare. Qualunque sia il mezzo di prova che si adopera, vedesi tosto che l'oggetto di cui si va in traccia è una verità, o *formale*, o *materiale*. Se trattasi della prima, il giudice non ha riguardo al convincimento suo proprio, nè ai motivi di ragione e di esperienza che guiderebbero la sua decisione se cercasse la verità effettiva, ossia materiale; ma anzi è obbligato, per certi motivi meramente *formali*, a ritenere qualche cosa per vero. Se, invece, trattasi della seconda, i giudici fondano la loro convinzione sopra argomenti che vennero già dimostrati i più sicuri per iscoprire la verità, e giusta i quali le regole di prove stabilite dalla legge, altro non sono che una legale sanzione di quei mezzi di indagare la certezza, che meglio corrispondono allo scopo di

raggiungere la verità assoluta [1]. Una teoria di prove, per esempio, che dia gran peso alle presunzioni legali, favorirebbe manifestamente il principio della verità *formale;* quando, per l'opposto, le nuove legislazioni tendono con ogni sforzo a far trionfare la verità *materiale*. Persino in un popolo che si trovi tuttora lontano dalla civiltà, le regole di prova si vedono guidate, in certo qual modo, dalla tendenza verso la verità materiale; in quanto che a poco a poco tutti (e perciò anche i giudici) si formano alcune idee, quantunque non chiaramente concepite, del come si possa meglio decidere sulla verità dei fatti. Si direbbe che è una specie d'istinto che guida nell'indagine del vero [2]. Le opinioni nazionali [3], certe idee morali o religiose [4], e certe instituzioni politiche, hanno del pari una influenza sulla prova. Le opinioni che dominarono intorno ai così detti *conjuratores* (i quali col loro giuramento attestavano l'innocenza dell'accusato) od ai *giudizj di Dio,* esprimevano chiaramente la tendenza verso la verità *formale*, ed erano una naturale conseguenza dell'idea radicata nel popolo, che il voto di Dio voglia far trionfare la verità e proteggere quella tra le parti che ha il diritto in proprio favore; e quanto ai *conjuratores* concorsero anche le idee antiche di una solidarietà tra i concittadini [5]. I giudizj di Dio erano poi indubbiamente mezzi di prova di una verità formale; perocchè il giudice, per quanto la sua convinzione dissentisse affatto dal loro risultamento, era nondimeno obbligato ad attenervisi ed a pronunziare in conformità di esso la sua sentenza. Se poi in un popolo sorge per tempo il sentimento politico, e si sviluppa l'idea che sia necessario di stare in guardia, a tutela della civile libertà, contro le usurpazioni del governo; — che i giudici, insieme col diritto di decidere le quistioni di fatto, esercitano anche un potere, spesse volte terribile, sul patrimonio, sull'onore e sulla vita dei loro concittadini; — e che pertanto la

1 Bethman-Hollweg, *Versuche über einzelne Theile der Teorie des Civil processes* (Saggi sopra alcune parti della Teoria del processo civile), pag. 252.

2 Carmignani, *Teoria*, ecc. Vol. IV, pag. 58 (Lib. iv, c. v), dove parla del criterio *istintivo* e del criterio *scientifico* del vero.

3 Per esempio quelle sul *Duello giudiziario.*

4 Per esempio quelli sui *Giudizj di Dio.*

5 Hickes, *Thesaur. ling. sept.* in dissert. prælim., pag. 35. — Schildener, *Beiträge zur Kenntniss des germanischen Rechts* (Contribuzioni allo studio del diritto Germanico) pag. 31. — Grim, *Rechtsalterthümer* (Antichità giuridiche), pag. 860.

sicurezza e la libertà privata sono assicurate assai meglio quando la facoltà di decidere del fatto è attribuita, non già ad un magistrato, sibbene a persone private, scelte quali giudici di caso in caso; allora, non v'ha dubbio, le idee fondamentali sulle prove ne sono grandemente modificate, e precisamente in un senso opposto a quello che nasce dal sistema di lasciare ai giudici dello Stato anche la decisione delle quistioni di fatto, poichè nel primo caso verrà abbandonata al convincimento dei giurati, e la legge darà ben poche regole sulle prove.

Là dove, per lo contrario, il magistrato deve decidere anche le quistioni di fatto, la legge si affretterà a ridurre a regole alcune massime che furono sanzionate dall'esperienza; ad imporre all'arbitrio del giudice alcuni limiti, come sarebbe vietandogli di condannare alcuno sulla deposizione di un testimonio unico; oppure coll'esigere certe condizioni formali per la prova, facendola, per esempio, dipendere in alcuni casi dal giuramento o da presunzioni legali.

Qualora si consideri ciò che disponeva il diritto romano intorno alle prove, si scorge tosto che il processo penale, quale era durante la Republica, non poteva ammettere un sistema di prove legali [6]. E come mai avrebbe potuto farsi allora una giuridica valutazione delle prove, se il popolo stesso giudicava nei *Comitiis centuriatis* e *tributis*, e riuniva in sè medesimo il potere legislativo, il diritto di grazia, e l'ufficio di giudice? [7] Il popolo assolveva benanco molti colpevoli, mosso da pietà o dalla memoria di servigi prestati, nè poteva disgiungere esattamente le quistioni di fatto da quelle di diritto [8], comprese e l'una e l'altra nelle due formole *Absolvo* e *Condemno* [9]. Anche nelle *questioni perpetue* (*) eranvi giudici popolari i quali decidevano se-

6 È certo che l'accusatore si sforzava di addurre prove d'ogni genere; lo si vede nelle orazioni di Cicerone *in Verrem*.

7 Quanto fossero importanti i *Laudatores*, cioè testimonj che deponevano sulla buona fama dell'accusato, e che venivano addotti in gran numero, vedesi in Rossmirt, *Arch. Crim.* XI, pag. 392.

8 Feuerbach, *Beiträge über Oeffentl. und Mündl.* (Studi sulla publicità ed oralità), I pag. 279.

9 Carmignani, *Teoria*, ecc. Vol. IV, pag. 244 (Lib. iv, c. xiv).

(*) Fino all'anno di Roma 604 si usò di demandare ad uno o più *quæsitores* l'incarico di presiedere al giudizio di un determinato affare; e la loro autorità durava fino a che stava aperto il giudizio. Ma nel 604 fu determinato che il Pretore *Urbanus* e il *Peregrinus* continuassero ad esercitare le loro funzioni ordinarie, e che gli altri quattro Pretori ri-

condo il loro convincimento, e non essendo obbligati di addurre i motivi, non erano nemmeno impediti dal seguire la voce della commiserazione, o dal cedere ad influenze politiche. Ciò nondimeno certe formalità furono introdotte dalla pratica forense e rigorosamente osservate, intorno all'esame dei testimonj [10] ed all'uso dei documenti; che anzi, persino nell'uso della tortura esisteva un germe della prova formale, poichè i giudici dovevano senz'altro dar fede a quel risultamento che la tortura indicava. Si trovano anche nelle *leggi* certe prescrizioni sulle prove; così, a modo d'esempio per certi delitti era determinato quali persone si dovevano escludere, e quali ammettere, a fare testimonianza [11]. I giudici decidevano secondo l'intimo loro convincimento, ma non senza alcune regole di prova stabilite dalla legge; così gl'Imperatori dichiaravano spesso nelle loro costituzioni che certe persone non fossero ammissibili come testimonj, oppure che i giudici non potessero considerare come sufficiente qualche specie di prova, come sarebbe la deposizione di un testimonio solo [12]; e la pratica forense aveva di poi formulate alcune massime generali attinenti alle prove, come scorgesi dalla *leg. ult. cod. de probat.* [13]. Tuttavia non dee cercarsi nel diritto romano un compiuto sistema di regole probatorie, perocchè i giureconsulti ro-

manessero in Roma durante la loro magistratura e presiedessero ai publici giudizj, uno a quelli di estorsione (*de repetundis*), il secondo a quelli di broglio (*de ambitu*), il terzo a quelli *de majestate*, e il quarto a quelli di defraudo a danno del publico erario (*de peculatu.*) E questi giudizj chiamaronsi *quæstiones perpetuæ* perchè si demandavano annualmente ai Pretori che le trattavano per l'intiero anno (*perpetuo exercebant.*) — A.

10 Brissonius, *De formulis*, pag. 476.

11 L. 3, § 5 Dig. *De testibus* (xxii, 5). « Lege Julia *de vi* cavetur ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo, parenteve ejus liberaverit: quive impuberes erunt: quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum ristitutus non erit: quive in vinculis costudiave publica erit: quive in bestias ut depugnaret, se locaverit: quæve palam quæstum faciet, fecerit ve: quive ob testimonium dicendum, vel non dicendum, pecuniam accepisse, judicatus, vel convictus erit. Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem. » — Vedi anche le leggi 13 e 18 del medesimo titolo.

12 L. 9 cod. *De testibus:* Sancimus ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ Curiæ honore perfulgeat.

13 « Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita. » — E la L. 10 cod. *De testibus:* Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt. — Vedi anche la leg. 11 ivi.

mani poco s'adoperarono per formarne una vera teoria, e si limitarono ad alcuni cenni, di caso in caso [14], oppure a qualche avvertimento, per esempio nel valutare l'efficacia della confessione [15]; ma in massima dimostrarono che i loro sforzi erano diretti alla ricerca della verità materiale (*).

È molto dubbio se l'antica procedura penale germanica conoscesse una teoria legale di prove [16]. Che non potesse esservi allora una *teoria*, o un *sistema*, nel significato proprio d'oggidì, nè una tendenza verso la verità materiale, e nemmeno una scrupolosa diligenza nell'esame dei testimonj, è facile a comprendersi; basta pensare che in quei tempi l'accusato aveva diritto di purgarsi dall'accusa mediante il suo giuramento; che i *coniuratores* [17], i quali rappresentavano l'antica famiglia, o l'associazione, o la comunità, stavano a fianco dell'accusato; e che finalmente i giudizj di Dio [18] e il duello giudiziario decidevano della

14 P. e. per decidere della credibilità dei testimonj. L. 3, Dig. *De testibus* (XXII, 5) Testium fides diligenter examinanda est, etc. — È una legge sommamente importante.

15 L. 8. Dig. *De confessis* (XLII, 2): non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum sit. — L. 25, § 11, Dig. ad Leg. Aquil. (IX, 2): Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse.

(*) Per farsi una giusta idea della teoria della prova nel diritto romano in materia criminale, convien distinguere i diversi periodi:

1.° Durante la republica nessuna teoria legale di prove: i giudici sono liberi nella loro decisione; se non che si vede che, qualora sia confesso, l'accusato si condanna senz'altro, senza esaminare più a fondo il valore reale della confessione. Tuttavia si trovano già alcune regole, p. e. che i così detti *improbi* non si possano chiamare come testimonj.

2.° Sul finire dell'era republicana i giureconsulti hanno formulato numerosi precetti intorno alla valutazione delle prove, massime per rispetto alla prova testimoniale (Vedasi, quanto a quei precetti che avevano vigore ai tempi di Cicerone, l'importante dissertazione di Escher, *De testium ratione, quæ Romæ, Ciceronis ætate, obtinuit*, Zurigo 1842).

3.° Sotto gli Imperatori i giureconsulti allargano maggiormente queste regole, e i giudici stessi s'abituano ad osservarle fedelmente; i rescritti e le costituzioni imperiali contengono pure frequenti precetti per i magistrati sul modo di esaminare le prove, o sulla proibizione espressa d'ammettere certi testimonj. (Vedasi per maggiori particolari Geib *Geschicte des Römischen criminal-Processes* (Storia della procedura criminale dei Romani) Lipsia 1842, p. 137-144, p. 527-555, e p. 610-645.

(*Nota aggiunta dall'Autore alla traduzione francese*).

16 Rogge, *Gerichtswesen der Germanen* (Sistema giudiziario dei Germani) p. 93. — Wigand, *Wehmgerichte* (Tribunali Vemici) p. 371, 385. (Di questi Tribunali tratta una recente opera di Gaupp, Breslavia 1857, della quale rende conto il giornale milanese il *Crepuscolo*, del 20 dicembre 1857 — A) — Cropp, Annuario di Eidelberg 1825, N.° 41, p. 669.

17 *Procedura pen. ted.*, § 14.

18. Tittmann, *Geschichte der deutschen Strafgesetze* (Storia delle leggi penali tedesche), p. 52.

verità dell'accusa. Anche siffatte instituzioni possono, per altro, considerarsi come norme di prova; imperocchè il giudice era tenuto di avervi riguardo e di pronunziare secondo queste la sua sentenza; tuttavia, come si disse più sopra, queste erano prove unicamente formali; non scaturivano già da una tendenza verso la verità assoluta, sibbene dalla fede in un intervento diretto della divinità, ed in simiglianti presunzioni. Del rimanente il diritto consuetudinario [19] aveva già composto una specie di sistema per l'uso delle prove [20], poichè per alcuni delitti certi testimonj e certe circostanze valevano come *indicia indubitata*, p. e. nello stupro violento; e del pari alcuni mezzi di prova acquistavano efficacia dall'essere il delitto flagrante o non flagrante [21], e dalla condotta anteriore dell'accusato.

Queste idee si mantennero anche nelle leggi del Medio Evo; appartiene a questa classe l'uso di attribuire valore a certi fenomeni esterni, (se p. e. al tocco dell'accusato la ferita dell'ucciso mandasse sangue [22]), e l'uso di obbligare l'accusatore a presentarsi in giudizio con sette testimonj (*das Uebersiebnen* [23]). Soltanto in quei luoghi [24] in cui il rapido progresso della civiltà abolì i giudizj di Dio ed il duello giudiziario, e dove penetrarono le idee del diritto romano, si introdussero benanco quei mezzi di prova che derivano dal principio della verità materiale, benchè non venissero ancora ridotti ad una teoria di prove propriamente detta. Specialmente fino a che decidevano gli scabini (*Schöffen*), la sentenza si fondava sul loro solo convincimento, combinato però con certe regole sancite dalla legge.

19 Nei capitolari dei re franchi si trovano alcune disposizioni assai savie intorno alle prove, Tittmann, I, c. p. 68.

20 Albrecht, *Doctr. de probat. secundum jus germ. med. ævi.* Regimo, 1825.

21 *Sachsenspiegel* (Corpo delle consuetudini di Sassonia), II, 35 — Dreyer, *Nebestunden* (Ore d'ozio), p. 38 — Wigand, *Wehmgericht* (Tribunali Vemici), p. 395 — *Proc. crim.*, ecc. (dell'Autore), p. I, p. 60.

22 Tale era anche il *Bahrrecht*. (*Jus feretri* ed anche *cruentationis*): specie di ordalia (da *Urtheil* giudizio). Per iscoprire l'autore di un omicidio si faceva recare il cadavere sulla bara (*auf die Bahre*) e l'imputato doveva toccarne le ferite; se davano sangue era reo, se no innocente. Vedi *Allg. Encycl.* (Enciclop. univ. di scienze ed arti). Lipsia, voce *Bahrrecht* — A.).

23 Malblank, *Geschichte der peinl. Gerichtsb.* (Storia della giustizia criminale), p. 73.

24 Donandt, *Geschichte des Bremischen Stadtrechts.* (Storia del diritto di Brema), II, p. 177.

In seguito fu il diritto canonico quello che giovò grandemente a perfezionare la teoria legale di prove, venutasi dilatando da per tutto [25]. E il principio inquisitorio, obbligando il giudice a indagare la verità con ogni mezzo possibile, mise con ciò stesso per iscopo degli sforzi di lui, il rinvenimento della verità materiale, e si oppose ben presto alle prove puramente formali del diritto germanico, quali erano i giudizj di Dio [26].

I giudici ecclesiastici non somigliavano agli scabini del processo germanico, ma erano veri magistrati, che giudicavano secondo la legge, e in conseguenza non già per la loro intima convinzione, ma dietro una giuridica valutazione delle prove. I papi publicarono su di ciò speciali istruzioni [27], e i dotti, cultori del diritto canonico, abituati al metodo scolastico allora dominante, tutto irto di regole, costruirono un intiero sistema con queste regole stesse, con precetti tratti dalla Bibbia (p. e. sul numero dei testimonj [28]) e con alcuni luoghi del diritto romano.

Gli sforzi di Schwarzenberg, l'autore della costituzione criminale Carolina (cioè di Carlo Quinto, 1532 (*)) furono evidentemente diretti a dare al processo penale un carattere di ricerca della verità assoluta; ed egli volle sancire in quella legge i principj sulle prove che ai suoi tempi prevalevano, e che egli pure aveva adottati. Volendo impedire ingiuste [29] sentenze di condanna fondate su mere presunzioni [30], venne a dare regole precise sulla prova, ed a stabilire alcuni avvertimenti sull'uso di certi mezzi probatorj, e alcune massime [31] per guida del giudice nei casi difficili, p. e. nei casi di prova artificiale o indiziaria [32]; similmente s'incontrano nella Carolina alcune regole concernenti talune prove più ingannevoli, qual è la deposizione dei correi [33]; e vi si legge qualche positiva ingiun-

25 Thomasius, *De fide jurid.* § 62.
26 Cap. I, 3, X *De purgat.;* cap. 22. Cap. II, *quæst.* 5.
27 Cap. 2, 13, 14 *De præsumpt.*; cap. X *de probat.*
28 Cap. 5, 10, 23, X *de Testibus.*
(*) Si cita colla lettere C. C. C. *Constitutio Criminalis Carolina.* Fu tradotta più volte in latino; da Gobler nel 1543, da Remus nel 1594, ristampata da Abegg nel 1831. (*Nota del trad. francese*).
29 Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquis. Proc.* (Contribuzioni alla storia del processo inquisitorio), p. 155. — Tittmann, op. cit., p. 272.
30 Art. 22 C. C. C.
31 P. e. art. 71 C. C. C.
32 P. e. art. 25 — 45.
33 Art. 31.

zione per fissare su quali prove si possa proferire una condanna [34], e viceversa per vietare assolutamente l'uso di alcune altre, la cui incertezza aveva fatto a Schwarzenberg maggiore impressione. Dopo d'allora i cultori della scienza processuale trassero una completa teoria di prove dal diritto romano e canonico, e i tedeschi anche dalla Carolina. Gli scrittori del XIV e XV secolo, quali *Gandinus* e *Bonifacius*, avevano già formulate alcune massime intorno alle prove; il primo di preferenza intorno agli indizj [35], il secondo, già più scentifico, intorno alla prova in generale [36]; egli tratta del valore della prova testimoniale, e vuole che siano necessarj due testimonj per poter condannare [37], e parla già delle distinzioni ancora in uso oggidì, di *probatio plena et semiplena.*

L'opera di *Julius Clarus* attesta ben maggiori progressi; egli vuole una prova completa, e determina i requisiti della testimonianza [38] e della confessione; prescrive che si esamini ogni circostanza anche accessoria, e discute le singole controversie intorno al valore delle prove [39]. E col medesimo spirito la teoria si viene poi sviluppando nelle opere di *Farinacius* [40], *Millœus* [41], *Imbert* [42], *Mathœi* [43].

Un sano e giusto criterio, una esatta distinzione di casi, e soprattutto uno studio insistente di scoprire la verità materiale, assoluta, si manifestano principalmente in *Benedetto Carpzovio*, sebbene, al pari di molti suoi predecessori, non abbia saputo sottrarsi al pregiudizio, che quando manchi una prova completa possa proferirsi una pena minore dell'ordinaria [44]. Meno importanti sono le opere di *Menochius* [45] e di *Mascardus* [46], perchè contengono bensì un minuto esame delle prove, ma hanno accumulate, senza solide basi,

34 Art. 67.
35 Gandinus. *De maleficiis*, (l'edizione di Angelus Arretinus, p. 18).
36 Nel trattato *De maleficiis*, cap. *De probationibus* e *De testibus*.
37 Si vede da talune discussioni ivi riferite (p. 141), che allora molti giureconsulti non si contentavano di due testimonj e ne volevano tre.
38 Clarus, *Sent.* § *fin. quæst* 66, N.° 3.
39. Clarus, op. cit., *qu.* 21, 55, 65.
40 Farinaci, *Praxis et theorica criminalis et alia opera criminalia.* Duaci 1618.
41 Milloeus, *Praxis crim. persequendi.* Parigi 1541.
42 Imberti, *Instit. forens.* Parigi 1555.
43 Ant. Mathæi, *de criminibus ad libros* 47 et 48 *Dig.* Ultraj. 1644.
44 *Praxis crim.* P. III, *qu.* 16. — Sull'argomento delle pene straordinarie vedasi innanzi il cap. LXIX.
45 Menochius, *De præsumpt.* Colon. 1686.
46 Mascardus, *Concl. de probat.* 4 vol., Francfurt 1684.

numerose regole accattate da più luoghi del diritto romano, erigendole in precetti assoluti ed obbligatorj, senza por mente che erano state proposte soltanto per norma del criterio del giudice. Così a modo d'esempio, parlando della incapacità dei testimonj, applicarono senza eccezione certe regole, non altrimenti spiegabili che nel sistema di procedura dei romani; stabilirono innumerevoli presunzioni, e sopra tutto poi diffusero l'errore che il giudice sia obbligato di condannare tutte le volte che due testimonj depongono concordemente (*). Di tal modo la teoria delle prove si riduce a calcolo matematico; e parlasi di prova intiera e di mezza, e di più o meno che mezza; d'onde poi errori del giudice.

Tra le legislazioni del secolo scorso, quella di Baviera [47] presenta colla maggiore fedeltà le idee sulle prove che allora dominavano fra i pratici. Ma in un codice in cui era ancora ammessa la tortura, e giusta il quale, nei casi di prova incompleta, dovevasi proferire una pena straordinaria [48], la teoria delle prove non poteva corrispondere ai bisogni della pratica. Essenziali miglioramenti trovansi già nella ordinanza penale di Giuseppe II [49]: non ammessa la tortura, abolito il giuramento purgatorio, ammessa la condanna per concorso di indizj. Ed è meritevole di considerazione in questa legge il tentativo che fu fatto di determinare con tale precisione le condizioni, sotto le quali si potesse proferire una condanna, da assicurare e la società e l'innocenza.

Ma sopra ogni altra legislazione fu singolarmente degna di lode nel secolo scorso quella del Granduca Leopoldo di Toscana dell'anno 1786 [50]; ivi fu abolita la tortura e vi si vede un vivo sforzo di porre l'accusato al sicuro da ogni ingiusto trattamento e di scoprire la verità assoluta. Pur vi rimase ancora quello scrupolo eccessivo, anzi quell'erroneo pregiudizio, di non accordare forza di prova agli indizj [51], e di ammettere soltanto pene minori, p. e. la car-

(*) Vedi la nota alla prefazione del traduttore.

47 *Cod. Maxim. Bavar. Crim.* del 1751, P. II, cap. V.

48 Ivi cap. V. § 1, § 8 e § 18.

49 Del 1788, cap. 8 — 11.

50 Vedasi su questo argomento Carmignani, nella *Zeitscrift für ausländische Gesetzgebung* (Rivista della legislazione straniera) Vol. I, N.° 19.

51 Legislaz. Crim. di Leopoldo, 30 nov. 1786, art. 110. « Dove il que« relato non sia, o confesso, o convinto, onde manchi la prova piena e « perfetta della sua reità, sia però aggravato da sufficienti indizj; potrà

cere o l'esilio, quando concorrono, benchè numerosi ed urgenti [52]. Ma allo spirito di progresso che, rispetto al diritto penale, s'era destato verso la fine di quel secolo non poteva essere indifferente la teoria delle prove. E fu Beccaria [53] qui pure quegli che suscitò nuove idee, proclamando la massima che la certezza di cui si va in traccia nel processo penale, non può essere somministrata nè dalla scienza nè dalla legge, sibbene da un intimo senso, innato in ogni uomo, che lo dirige in tutte le più importanti operazioni della vita; d'onde poi la conseguenza che i giurati sono i migliori giudici in affari criminali. L'opera di Beccaria fu susseguita da molte altre sullo stesso argomento, e tutte estesero le loro ricerche anche al quesito: come si debba regolare la prova; se cioè si abbia da ammettere l'intimo convincimento dei giurati, o piuttosto una teoria legale di prove a cui debbano attenersi giudici giurisperiti. Filangieri [54] trattò con speciale diligenza siffatto problema, e dimostrò che ogni certezza morale sta bensì nell'animo del giudice, ma che è partito più cauto e conveniente contenere questa certezza entro i confini di un *criterio legale* [55], e porre nella legge stessa certe regole, a cui il criterio del giudice debba vincolarsi, regole che egli poi cercò di determinare [56]. Tuttavia altri scrittori dimostrarono che queste regole generali, constano di frasi che si possono contorcere ad arbitrio, oppure son vere soltanto in parte, e conducono facilmente in errore [57]. Di qui venne che gli studiosi si diedero quali a voler tradurre in regole matematiche la dottrina della certezza nei processi penali, quali ad applicare alla giurisprudenza [58] la teorica della probabilità [59], e quali finalmente a inda-

« il giudice condannarlo in qualche pena straordinaria, purchè questa « non passi l'esilio o il confino, e solo nel concorso d'indizj urgentissimi, « o di delitto capitale, sarà permesso lo stender la pena ad alcuno degli « inferiori gradi di lavori pubblici. »

52 Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, p. 272 (Lib. IV, c. XV), difende questa disposizione.

53 *Dei delitti e delle pene*, § XIV.

54 Filangieri, *Scienza della legislazione*. Lib. III. P. I.

55 ivi.

56 ivi.

57 Liberatore (Pasquale), *Saggio sulla giurisprudenza penale*, Napoli, 1814, p. 180.

58 Vedi Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, Paris 1819.

59 Un'opera ingegnosa di questa specie è: *Saggio sopra i principj e i fondamenti della probabilità*, Livorno 1790, e principalmente l'operetta di Mario Pagano: *Logica dei probabili applicata ai giudizj criminali*, Mi-

gare le fonti della certezza; mentre altri s'affaticarono a notomizzare tutti i casi possibili ed a cavarne gran numero di regole e di condizioni per ogni specie di prove. L'opera più importante che svolse l'argomento della prova con intendimento filosofico, indagandone la vera natura, senza però tener conto del diritto positivo, è quella di *Globig*[60]: per lo contrario le opere di *Raust*[61], *Kleinschrod*[62], *Stübel*[63], ebbero piuttosto di mira di comporre una teoria di prove da applicarsi dal giudice, mettendo a profitto quei passi del diritto comune che ne trattano, e le osservazioni dei pratici.

Ma questi studi ricevettero un nuovo impulso ed indirizzo allorchè gli scrittori tedeschi presero a discutere con vivo interesse il quesito della instituzione dei giurati. Erano generali i lagni sugli inconvenienti prodotti dal sistema di prove vigente in Germania, troppo restrittivo pel criterio dei giudici. Principalmente poi i giudici legati alle prescrizioni della Carolina, la cui teoria di prove partiva dal principio che fosse ammissibile la tortura, lamentavansi di non poter mai condannare l'imputato, anche quando un cumulo di indizj facesse sorgere la più alta probabilità della sua colpa. Speravasi di trovare un rimedio nel giurì: e di qui si venne necessariamente a esaminare questa instituzione ne' suoi rapporti col diritto penale, e perciò anche a indagare la natura della verità, e a trattar la quistione se una teoria legale di prove sia realmente possibile. Le indagini sapienti e profonde di Feuerbach[64] aprirono il campo alla lor volta a nuova disamina; e notevoli ricerche si trovano nell'opera di Meyer[65], nel parere della commissione

lano 1806 (Nell'edizione delle opere di Pagano uscita in Capolago nel 1837 quest'operetta ha il titolo: *Teorie delle prove*, pag. 463 — A).

60 Globig, *Theorie der Wahrscheinlichkeit* (Teorica della probabilità), Regensb. 1806, 2 vol.

61 Raust, *Ueber den Beweis in peinlichen Sachen* (Della prova nei processi penali), Freiberg 1801.

62 Kleinschrod nel vecchio Archivio del Diritto Criminale, vol 4, fascicolo 3, N.° 4.

63 Stübel, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen* (Sulla essenza del fatto nei delitti (corpo di delitto), Wittenberg 1806.

64 Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschwornengericht* (Considerazioni sul Giurì), Landshut 1813.

65 Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires* nella 5 e 6 parte (Ve n'ha una traduzione italiana di Marco Malagoli Vecchj, in 5 volumi. Prato 1838 — A.).

immediata prussiana [66] e nell' opera di Grävel [67]. Egli è ben vero che la teoria tedesca sulle prove veniva sovente mal applicata, e che si cercava di porre troppi inciampi al criterio del giudice, da ridurlo persino a dover mandare impuniti non pochi colpevoli; ed è vero altresì che i giureconsulti tedeschi erano legati al sistema rigoroso della Carolina; ma non dovevasi per questo censurare la teoria in genere, nè farne oggetto di riso: sibbene riservare il biasimo per la sola teoria alemanna, o troppo severa o male intesa.

Gli scrittori francesi che la criticarono, ebbero anch' essi raramente una chiara idea del vero spirito del sistema tedesco, nella sua razionale applicazione [68].

Frattanto negli stati germanici, insieme col proposito di ordinare compiutamente il processo penale, sorgeva anche il bisogno di determinare con precisione i principj relativi alle prove. Vi si vede una tendenza verso la verità assoluta, e il desiderio di inserire nella legge quelle regole che erano state stabilite dalla migliore giurisprudenza alemanna e dagli studi dei dotti, onde rendere cauti i giudici, guidare la loro decisione e porre un confine al loro arbitrio, pericoloso per l' innocenza.

Il Codice Austriaco [69] si contenta tuttavia di alcune prescrizioni generali; indica al giudice i mezzi di prova sui quali dee decidere; accenna benanco, in massima, quali condizioni debbano avere, per potere far prova, e sopratutto poi gli comanda di bilanciare la verosimiglianza e l' accordo delle deposizioni con tutti gli altri argomenti di convinzione [70]; ma lascia nondimeno al criterio del giudice largo

66 *Gutachten der preuss. Immediatcommission über das Geschwornengericht* (Parere della commissione immediata prussiana sul Giurì) Berlino 1819.

67 Grævel, *Prüfung des Gutachten der preuss. immed.* (Esame del parere ecc.). Lipsia 1819, parti due.

68 Lo si vede p. e. in Locré nella sua *Législation civile et criminelle de France*, vol. I, p. 159. E anche Mayer nella sua opera non si mostra giustissimo in questa materia.

69 Codice Penale Austriaco del 1803, Parte I, Sez. II, Cap. X. (Qui, e in tutta l'opera, si cita sempre il codice del 1803; e, sia per conservare il testo nella sua integrità, sia perchè può giovare alla storia della scienza, si lasciarono intatti, anche nella traduzione, i passi e le note in cui si parla di quel codice, ora abolito. Ma nelle aggiunte comunicate cortesemente dal chiarissimo Autore, e in qualche nota del traduttore, i lettori troveranno sviluppata quella parte del nuovo Regolamento di Procedura penale austriaco 29 luglio 1855, che si riferisce alle prove — A.).

70 P. e. nella confessione, § 400 — A questo § corrisponde letteral-

campo nel valutare la forza della prova [71], e si astiene affatto da regole assolute, che costringano a tenere per vero anche ciò, di cui non si avesse il convincimento; come se, per esempio, si dovesse considerare raggiunta la prova concorrendo un certo numero di mezzi probatorj [72]. Che anzi il suo sistema di prove è più largo d'assai di quello del processo comune tedesco, poichè ammette p. e. anche colla deposizione di due correi [73] e col concorso di circostanze una prova piena [74].

Anche il sistema dell' ordinanza criminale prussiana riposa sul principio della indagine della verità materiale [75]; ma questo codice stabilisce regole ben più assolute, le quali debbono al certo inceppare il giudice [76]; oltre di che si fonda sopra una opinione inesatta', secondo la quale tutti i mezzi di prova naturali (*) ma non completi, quali sono p. e. la deposizione di *un solo* testimonio classico, oppure la confessione *stragiudiziale,* vengono collocati in una medesima classe, insieme cogli indizj [77]. Ma dove l' ordinanza prus-

mente il § 265 del nuovo Reg. P. P. che ammette come prova la confessione solamente in quanto si siano rilevate, se non *tutte,* almeno *alcune* circostanze *del fatto* e vi corrispondano, e *nulla emerga onde rendasi dubbia la verità della confessione;* e nega poi forza di prova alla confessione quando *fosse impossibile di conseguire, fuori di essa, una ulteriore traccia del fatto* — A.

71 P. e. per giudicare se la ritrattazione di una confessione produca qualche effetto, § 402 (che corrisponde poi al § 267 dell'attuale Regolamento).

72 Il § 404 non dice già che il giudice *dovrà* condannare sulla deposizione di due testimonj, ma soltanto che *a costituire la prova legale si esigono le deposizioni di due testimonj* — (E più chiaramente ancora il § 269 del nuovo Reg.: « *Acciocchè una circostanza di fatto possa ritenersi provata per deposizioni testimoniali, è necessario, di regola, che sia confermata dalla deposizione concorde di* due *testimonj almeno,* ecc. » —A.).

73 § 410; (al quale corrisponde il § 271 del nuovo Reg. colla sola differenza che la deposizione dei correi *dev' essere ripetuta nel dibattimento finale in faccia all'imputato,* laddove il § 410 diceva *non solo nel giudiziale confronto, ma anche dopo l' intimazione ad essi fatta della sentenza di condanna* — A.).

74 § 412 — (A questo § era stata sostituita la Sovrana patente 6 luglio 1853 di cui si parla nel seguito dell' opera. Ora l'argomento della prova *per concorso di indizj* è trattato dai §§ 279-282 del nuovo Reg. che verranno considerati più da vicino nella settima parte — A.).

75 Ordinanza Criminale Prussiana del 1805, Titolo II. Sezione 6.

76 P. e. art. 586; dove la massima che due testimonj fan prova, è detta troppo assolutamente.

(*) Prova *naturale* è qui il contrapposto di prova *artificiale* od indiziaria, o composta, come si spiegherà a suo luogo — A.

77 Art. 578 (**).

(**) Tale inesatta denominazione si trovava anche nella citata sov. pat. 6 luglio 1853 al § 4 dove la confessione *stragiudiziale,* la deposi-

siana è da censurarsi è nel non avere attribuita alcuna forza di prova agli indizj, quand' anche concorrenti nel massimo grado di efficacia, e nell' avere autorizzato il giudice ad applicare, in tale ipotesi, una pena straordinaria [78]; tanto più che la redazione della legge è tale, da far nascere facilmente nel giudice l'opinione che siffatte pene siano ammesse anche nel caso che manchi una prova completa, il che condurrebbe persino a punire per meri sospetti.

La più chiara e compiuta, e più notevole per principj scientifici, è la teoria delle prove dell' ordinanza criminale di Baviera [79]. Anche in questa si vede uno sforzo di nulla ommettere, ed una certa sollecitudine del legislatore di limitare l' arbitrio del giudice, determinando esattamente le condizioni sul valore dei mezzi di prova, e dando a certe prescrizioni il carattere di un comando o di un divieto assoluto; ma presenta poi l' inconveniente che in moltissimi casi il giudice non può secondare il proprio convincimento, e si trova costretto di pronunziare una sentenza di innocenza, o per lo meno di assoluzione *dall' istanza* (*). Inoltre coll' espressione di *semiprova* [80] la teoria s' impronta di un carattere troppo matematico: e finalmente il giudice è troppo vincolato dall' avere la legge dichiarato affatto incapaci di far testimonianza troppe persone [81], mentre gli

zione giurata di *un* testimonio, o *non giurata* di due, quella *stragiudiziale* o *non giurata* di un danneggiato *presso a morte*, e quella di *un* correo si chiamavano *indizj*. Il nuovo Reg. nella rubrica del § 140 e nei §§ 278 e 281 ha dato a queste prove il nome più conveniente di *prove incomplete*, e vi ha attribuito, in certi casi, un valore speciale — A.

78 Art. 405.

79 Dell'anno 1813, P. II, tit. IV.

(*) La formula *Absolutio ab istantia* equivale alla *sospensione del processo* od allo *scioglimento dall'accusa per insufficienza* di prove. Nel cap. LXV si troverà trattata, in tutta la sua ampiezza, la dilicata quistione, se questa formola di sentenza si possa ammettere — A.

80 Art. 286.

81 P. c., art. 278, N.° 6, 7: *tutti coloro che furono condannati per titolo di spergiuro, od anche soltanto non ne furono dichiarati del tutto innocenti.* Si può pensare il caso che taluno abbia giurato il falso per favorire un imputato (**).

(**) Quella esclusione nondimeno ci sembra giusta; poichè se è vero che chi giura il falso in *favore*, può essere mosso da pietà verso l'imputato, mentre chi giura il falso *in aggravio* è doppiamente malvagio, pure sta sempre che colui ha potuto sprezzare le leggi divine ed umane le quali riprovano lo spergiuro, e per motivi che si devono pur considerare come lievi, in confronto della gravità del reato. Niuno pertanto potrebb' essere tranquillo sulla sua deposizione. Tuttavia il Reg. di P. P. austr. non ha escluso *affatto* la testimonianza di uno già punito per falso giuramento, ma ha ordinato che un tal testimonio non possa ammettersi a

è soltanto dalla ponderazione di tutte le circostanze del caso, anche delle più lievi, che il giudice può conoscere se il testimonio sia degno di fede.

Prescrizioni assolute troppo numerose intorno alle prove possono condurre alla impunità anche di veri colpevoli [82]. Il desiderio del legislatore di restringere, per quanto sia possibile, l'arbitrio del giudice, quando si tratta di certi mezzi di prova fallaci, lo ha condotto a pretendere tante condizioni che solo di rado concorrono *tutte* in un medesimo processo, e perciò il giudice si trova bene spesso costretto di assolvere [83]. La prescrizione poi, che in caso di prova indiziaria, quantunque completa, non si possa proferire una condanna capitale [84], è altrettanto inconseguente [85] quanto inopportuna, perocchè in tal modo il legislatore getta una certa quale sfiducia su ogni condanna per indizj, sfiducia che non può giovare alla legge nell'opinione del popolo (*).

Una prescrizione sì dannosa alla pubblica sicurezza qual'era quella dell'art. 22 della C. C. C. di non poter condannare per prova soltanto indiziaria, indusse parecchi Stati a promulgare, almeno in via provvisoria, una legge che ne concedesse al giudice la facoltà. Weimar [86], Anhalt-Dessau [87],

confermare *con giuramento* la sua deposizione (§ 152 c.). Spetta poi al giudice di determinare qual valore debba dare a questa testimonianza; se non che, mancando il requisito del giuramento, voluto dal § 269 lettera *d*, questo valore non potrebbe mai essere quello di una testimonianza classica — A.

82 Come quando all'art. 282 si dice che la testimonianza di colui contro del quale fu commesso il delitto, non può mai far piena prova riguardo alla persona dell'autore; poichè tosto corre alla mente il caso dello stupro — (Anche su questo argomento si ritornerà più tardi, parlando della testimonianza del danneggiato, e della interpretazione del § 270 del Reg. di P. P. austr. — A.).

83 Così nell'art. 328 si esige che concorrano più indizj *antecedenti, concomitanti* e *susseguenti* (per esempio *minaccie, presenza in luogo e fuga*).

84 Rimprovero non applicabile a Feuerbach, il quale anzi nella sua raccolta di cause celebri, P. II, pag. 191, censura il codice per questa disposizione.

85 Art. 330.

(*) Ricordiamo ai lettori che in questi primi capitoli l'Autore dà una rapida esposizione degli argomenti, che poi svolgerà diffusamente al debito luogo. Per ciò stesso non è necessario neppure di anticipare qui alcune considerazioni che si rendono necessarie, massime rispetto alla legislazione austriaca, la quale p. e. ha sancito essa pure il principio, che qui l'Autore ha censurato — A.

86 Legge di Weimar del 1819. V, nel nuovo Arch. del Dir. Crim. VI, pag. 259.

87 Regolamento di Procedura Penale pel Ducato di Anhalt del 1822, Tit. XXI, § 2.

Annover [88], e Lippe [89] diedero fuori alcune ordinanze nelle quali in sostanza si copiò il codice bavarese.

Ma lo spirito della nuova codificazione fece fare altri passi agli studi sulla teorica delle prove. La scienza si occupò di nuovo nelle ricerche intorno alla essenza della *verità*, e precipuamente se sia *obbiettiva* o *subbiettiva;* se sia possibile di comporre una teoria legale di prove [90]; se sia lecito di costituire cogli indizj una prova piena; se si dovesse ammettere il sistema prussiano sulle pene straordinarie; o se, finalmente, non tornasse conto di abbandonare ogni tentativo di teorie legali di prove, e di autorizzare il giudice a proferire la sentenza, secondo la sola sua intima convinzione. Il lamento che le teorie comprese nei codici fino allora emanati vincolassero soverchiamente la coscienza del giudice [91], ottenne, se non altro, che nei più recenti progetti di procedura penale il sistema delle prove fosse allargato assai più che non si trovasse nel processo comune, per esempio in quello di Baviera. Così nel progetto virtemberghese [92] il numero dei testimonj assolutamente inabili fu ridotto a non più di due [93], e i testimonj che nel codice bavaro erano dichiarati *inabili*, furono posti nella classe dei semplicemente *sospetti*. Inoltre questo progetto tramutò in avvertenze generali parecchie, tra le disposizioni del codice bavaro, che costituivano vere condizioni assolute per la forza provante di certi mezzi di prova: le quali avvertenze poi non debbono nemmeno vincolare il giudice, ma solamente servirgli di norma [94]; e similmente, rispetto agli indizj, il progetto stabilì meno rigorose condizioni e principj più generali [95]; ma conservò la massima del codice bavaro che non si possa, all'appoggio di essi soli, pronunziare la pena di morte [96].

88 Ordinanza del regno d'Annover, 25 mag. 1822.

89 Ordinanza di Schaumburg-Lippe, dell'11 sett. 1828.

90 Jarke nel nuovo. Arch. del Dir. Crim. VIII, pag. 98 — Weber, ivi p. 252 — Si trovano parecchie memorie nel Giornale del Dir. Crim. prussiano di Hitzig, fascicolo 17, p. 150, e fascicolo 19, p. 131 — Bach, *Ansichten und Bemerk. über Gegenst. des Strafr.* (Idee e considerazioni di Dir. pen.), p. 526.

91 V. specialmente Gnelin; *Die peinliche Rechtspflege in Kleinstaaten* (L'amministrazione della giustizia punitiva negli stati minori). Tubinga 1831.

92 Del 1830, nel secondo supplemento straordinario degli atti della Camera dei rappresentanti, 1830, cap. IV.

93 Art. 254.

94 P. e. l'art. 260 sulla testimonianza dei correi.

95 Art. 280 — 284, 287.

96 Art. 289 — Questo progetto del 1830 ammetteva una quasi publi-

Al codice bavaro s'avvicina ancor più il progetto annoverese, per aver voluto dare regole determinate di prova e vincolare il criterio del giudice [97]. Una particolarità di questo progetto sta in ciò, che quando si tratta di reato gravemente punito, richiede prove più rigorose che non nei casi più lievi [98]; il che, per verità, non è conseguente, mentre non può esservi che una sola specie di certezza, e perciò dev' essere la medesima, di qualunque reato e di qualunque pena si tratti. Tra le condizioni poi volute per una efficace confessione, ve n' ha parecchie che non si dovevano pretendere in modo tanto assoluto; poichè è ben vero che talora la confessione non può accettarsi come pienamente provante, ma viceversa in qualche caso il giudice non ha nessun dubbio sulla verità di essa, quantunque, a modo d'esempio, sia stata fatta per effetto di una domanda suggestiva [99]. Il numero dei testimonj inabili è in quel progetto grandemente accresciuto [100]; il che reca grave danno, togliendo al giudice la possibilità da costituire la prova mediante tal testimonio, che, per le circostanze del caso, sarebbe tenuto dai giudici tutti meritevoli di fede, se la legge, che pure aveva di mira una semplice possibilità (**),

cità in fine del processo. Ma nella sessione del 1838 le Camere di Virtemberg votarono una mozione che richiedeva un nuovo Regolamento di procedura penale, in cui fosse ammesso il dibattimento orale e la publicità, il qual voto fu poi esaudito colla legge 22 giugno 1843, ma solamente in parte. Vedi avanti a pag. 29 la nota (*).

(*Nota del trad. francese*)

97 Progetto del 1830, P. II, Sez. III.

98 Art. 201 e 202 (*).

(*) Una ragione può essere questa: che nei reati di lieve importanza non può supporsi che esista nell'imputato, e tanto meno nei testimonj, un forte impulso a occultare la verità, ond'è che, anche senza esigere che le disposizioni dei testimonj siano *giurate*, possono considerarsi per veritiere. Questo è lo spirito da cui furono dettati i §§ 422 e 426 del Reg. di Proc. Pen. austr. Per ciò stesso però non ci pare che, sebbene si tratti di contravvenzioni, potesse estendersi siffatta facilitazione alla prova indiziaria, in guisa da considerare siccome stabilita la reità con *due* indizj invece di richiederne *tre*, come è voluto pei crimini. Vedi Ilve, *Principj fondam.*, pag. 642, trad. ital. — A.

99 L'art. 200 al N. 4 vuole che la confessione, onde faccia prova, non sia stata provocata con domanda suggestiva. (Che cosa sia da pensare secondo il Reg. austr. si dirà parlando della confessione e della testimonianza — A).

100 Art. 214.

(**) Che un testimonio parente dell'accusato (p. e.) *voglia* deporre il falso in suo favore, è una mera possibilità, un mero dubbio; che invece *abbia deposto* il vero, può essere un fatto positivo, constatato dai giudici. Ecco perchè l'escluderlo in via assoluta può essere un eccesso dannoso — A.

non lo avesse dichiarato inabile. Non meno sconveniente è quell'altra prescrizione, giusta la quale si fa violenza al giudice [101] sotto un altro aspetto, coll'ingiungergli di attribuire la forza di *più che semipiena* prova a ciò che viene deposto da un publico impiegato, allorchè si debba proferire una pena *leggiera;* perocchè quella presunzione favorevole alle deposizioni dei publici impiegati non riceve, pur troppo, dall'esperienza una molto buona conferma.—Anche la regola che due testimonj facciano piena prova, è posta in modo troppo assoluto [102]; gli indizj finalmente non bastano (come nel codice bavaro) a far proferire una sentenza di morte [103]. Del resto v'hanno, come in quel codice, molte utili avvertenze generali sulla valutazione delle prove (*).

Ma anche in Baviera venne compilato un nuovo progetto di Regolamento di procedura penale che s'allontana affatto dal precedente. Vi si trova ammessa una specie di giurì, in quanto che di nove giudici, cinque decidono la quistione di fatto e quattro quella di diritto; e i primi poi devono dichiarare, in seguito a un dibattimento publico, se l'accusato sia colpevole o no; ma non già secondo una teoria legale di prove, sibbene secondo la loro scienza e coscienza [104]. Tuttavia questo progetto ha introdotta una specie di teoria negativa di prove [105], in questo senso che il giudice non potrebbe dichiarare alcuno colpevole, nè in forza di una confessione, che non sia stata fatta solennemente all'udienza e non sia sorretta da altre prove, nè in forza della deposizione di un testimonio unico, che del pari non sia sorretta da altre prove. Più innanzi si esaminerà accuratamente questo sistema.

† Nelle leggi emanate in Germania dal 1840 al 1848 vennero introdotti molti perfezionamenti alla teoria delle prove. Alcune, prescrivendo regole *negative,* ossia dei principj assai larghi, lasciano al giudice piena libertà nella valutazione delle prove, e danno ad un tempo all'accusato

101 Art. 220.
102 Art. 222.
103 Art. 249.
(*) Questo progetto fu accolto nella legge di Procedura criminale 8 sett. 1840. Un'altra legge del 19 nov. stesso anno regola la procedura per le trasgressioni di polizia. (*Nota del trad. franc.*)
104 Progetto del 1831, art. 165.
105 Art. 168.
† *Aggiunta dell'Autore nella traduzione francese,* (1848).

tutte le necessarie guarentigie contro decisioni arbitrarie o precipitose. Altre si occupano di preferenza della necessità di regolare con precisione la prova per mezzo di *indizj* e quella detta *circostanziale*, (V. avanti la parte VIII) e determinano sotto quali condizioni essenziali può il giudice, in questi casi, pronunziare un giudizio di reità. Appartengono, tra le altre, al primo sistema le legislazioni seguenti:

I. Quella di Meklembourg del 12 gennajo 1841 *sulla prova nella procedura penale.*

II. Quella del cantone di Berna, 30 novembre 1842, parimenti *sulla prova*, la quale incomincia saviamente col dichiarare, nell'art. 2, che: *onde si possa proferire una sentenza di condanna, si richiedono le prove stabilite dalla legge, ed inoltre il convincimento del giudice.* Dal che deriva che il giudice non è più obbligato a condannare, qualora, pur sussistendo prove, che in faccia alla legge sarebbero perfette, egli non abbia la persuasione della reità dell'accusato.

III. Il Regolamento di procedura penale del Wirtemberg, 22 giugno 1843 (già citato più sopra). Gli art. 284-339 contengono minute disposizioni in questo argomento, le quali, come è facile a vedersi, son di natura piuttosto *negativa.* Assai più semplici di quelle inserite nel codice bavaro, sono poi concepite per modo da lasciare quasi sempre al giudice la massima libertà.

IV. Ma un vero progresso si scorge nel Regolamento di procedura penale del Granducato di Baden, 6 marzo 1845. In esso son posti certi confini alla libera coscienza del giudice (§§ 248-271); il quale non può condannare se taluna delle condizioni volute non si verifica, dicendosi nel § 270: *Anche esistendo le presupposizioni dei* § 248 *fino a* 269, *i giudici debbono ammettere come vero un fatto incolpativo, solamente quando si sieno pienamente convinti della verità di esso, dietro la credibilità, che, secondo le circostanze del caso speciale, meritano le prove immediate, e dietro la forza d'indizj che si rannodino, scambievolmente si sostengano, e non si possano verisimilmente spiegare altrimenti* † (*).

(*) Vedi la traduz. ital. di questo Regolamento nel IV vol. degli *Scritti Germ.* Livorno 1847. Il lettore vedrà poi in questo § 270 del Regolamento badese il germe del § 260 del Regol. aust. — A.

Fra le opere recenti che ebbero una generale autorità nell'argomento che ora trattiamo, merita di essere notata specialmente quella di Bentham [106], di cui Dumont ci ha dato un compendio [107]. Animato in ogni sua opera dal vivo desiderio di combattere gli antichi pregiudizj, credette di poter dimostrare, anche rispetto alla prova giudiziale, che sino allora i legislatori avevano voluto seguire con troppa deferenza certe massime generali, e avevano creduto di poter determinare nella legge stessa i varj gradi della verità. Egli adunque intraprese nuove ricerche sulla essenza di questa, e credendo di avere scoperto le leggi dell' umana natura, formulò alcune massime che dovrebbero servire per saper dare il giusto valore al detto di un uomo, secondo quello che l' esperienza insegna. In generale egli pone per base la diffidenza, e vorrebbe poi dimostrare con quali sanzioni si potrebbe far sorgere la fiducia. La sua opera contiene un gran numero di considerazioni eccellenti, le quali attestano una profonda conoscenza degli uomini; ma sono spesse volte più speciose che giuste, come si dimostrerà nell' esame che ne verrà fatto più innanzi. Quando si fa a combattere ciò che esiste, non si mostra nemmeno un avversario giusto, poichè combatte il sistema delle prove legali senza pur conoscerlo, non avendo studiata nè la legislazione, nè la scienza giuridica tedesca [108].

Gli studi sulla teoria delle prove [109] presero un nuovo indirizzo allorchè si conobbero anche in Germania le massime della teoria che è diffusa in Inghilterra, ed è raccolta nelle leggi e nella pratica del foro; e allorchè si conobbero anche le opere inglesi publicate su questa materia da *Philipps* [110], *Starkie* [111], *Russel* [112]. Inoltre il codice

106 Bentham, *Rationole of judicial evidence*. London 1827, 5 vol. (Principj della prova giudiziaria).

107 Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1825. Generalmente si conosce questo compendio (e fu tradotto anche in italiano dal Professore Barn. Zambelli col titolo: *Teoria delle prove giudiziarie*, Bergamo 1826 — A).

108 Rolin, *De Probatione delictarum*, Gand, 1826 — Swaving, *De judicis animi sententia in criminalibus aptima judiciorum moderatrice*, Lugduni 1826. Queste due operette, benchè brevi (essendo accademiche dissertazioni), sono scritte secondo lo spirito di Bentham.

109 Un buon lavoro è quello di J. A. Joubert. *De Evidentia*, Lugd. 1825.

110 Philipps, *Treatise of the law of evidence*. (Trattato delle leggi sulla prova) sesta edizione, Londra 1824, 2 vol.

111 Starkie, *Treatise of the law of evidence*, Londra 1824, 3 vol.

112 Russel, *On crimes and misdemeanors* (Dei crimini e delitti). Londra, vol. I, 1826, vol. II, 1828.

della prova (*Code of evidence* [113]) redatto per l'America settentrionale di Livingston, dimostra essere possibile di comporre, anche per un giurì, una legge sulle prove, almeno in un certo significato. Si studiò allora anche in Germania, se non fosse più conveniente di redigere, anzichè un sistema di prove, propriamente detto, una istruzione sulle prove per uso dei giurati [114]; e la scienza ebbe ad occuparsi dei tentativi fatti nelle nuove leggi, di abolire ogni teoria di prove anche pei giudici giusperiti, e di abbandonare la decisione della quistione di fatto alla loro coscienza soltanto [115].

L'opera più recente e più erudita, in cui si trova discusso a fondo il merito di una teoria legale di prove, è quella di Carmignani [116]. Egli mette a riscontro le due differenti vie di scoprire la verità, quella *istintiva*, nella quale si pesano le prove col criterio innato che ogni uomo possiede; e quella *scientifica*, fondata su principj; e trova poi che la più sicura guarentigia di giuste decisioni sta in un savio sistema di prove legali determinate.

† La Germania ha sommamente apprezzato l'opera di Bonnier, *Traités des preuves*. Vi si scorge il giureconsulto profondo; egli pone con chiarezza i principj generali della prova, e fa una classificazione ragionata. Con particolare dottrina vi sono trattati gli argomenti della prova testimoniale e della prova preconstituita, ossia per documenti. — Dobbiamo altresì menzionare singolarmente il Trattato sulla prova (*A treatise on the law of evidence*, 2, vol., 2.ª ed. Boston 1844) dell'americano Greenleaf, professore a Boston. Queste scrittore trae i precetti della prova dai principj generali della filosofia e della psicologia. Egli si giova dei trattati speciali che uscirono in luce nell'Inghilterra, senza perdere tuttavia l'originalità e la chiarezza sua propria. Chiunque sappia qual valore attribuiscono gli Inglesi e gli Americani alla consuetudine, e con quanta cura raccolgono le decisioni attinenti all'uso delle prove, potrà dare il giusto

113 Venne compendiato nel nuovo Arch. del Dir. Crim. Vol. XII, n. 16.

114 Vedi nel nuovo Arch. del Dir. Crim. la memoria di Mittermaier, Vol. XII, n. 16, Vol. XIII, numeri 4 e 9.

115 Vedi tra gli altri Gans, *Beiträge zur Revision der preuss. Gesetzgebung* (Saggi per contribuire alla riforma della legislazione prussiana) Vol. I, n. 6.

116 *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Vol. IV, pag. 181 e segg. (Lib. IV, c. XI).

† *Altra aggiunta dell'Autore nella traduzione francese.*

merito ad un libro in cui abbondano le regole, le decisioni e le considerazioni pratiche. †

Aggiunta inedita.

A compiere la rivista storica intorno alla teoria della prova, si devono accennare molti altri lavori.

1). Per la retta intelligenza della teoria nelle fonti del Medio Evo, sono importanti i lavori che furono publicati allorquando si è discussa scientificamente la quistione del giurì, essendosi ben compreso che dipendeva dal concetto che si doveva avere della teoria delle prove; laonde ne sorsero le quistioni sul vero valore che ebbero il duello giudiziario, i giudizj di Dio e il giuramento. Vedansi Couppey, *De la preuve judiciaire au moyen age en Normandie,* Cherbourg 1846; Michelsen *Genesis der Jury* (Origine del giurì) Lipsia 1847; Dahlmann nel Giornale del diritto Germanico (*Zeitschrift für deutsches Recht*) tomo x, n. 6; Maurer, *Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens* (Saggi sulla storia del diritto nella Germania settentrionale) Monaco 1848; Forsyth, *Hystory of the trial by Jury* (Storia del processo per giurati) pag. 54 e segg.; Biener, *Das englische Geschwornengericht* (Il giurì inglese), vol. I, pag. 10-40, ecc. Sachse, *Das Beweisverfahren nach deutschen Rechte* (La procedura probatoria secondo il diritto germanico), Erlangen 1855.

2). Sono meritevoli di considerazione le opere degli scrittori italiani sulla dottrina delle prove. Oltre quelle già citate di Beccaria e di Filangieri, menzioneremo: Giuliani, *Delle vicende a cui soggiacquero le prove nei criminali giudizj dalla prima epoca;* Loreto 1843; Brugnòli, *Della certezza e prova criminale,* col confronto di varie legislazioni d'Europa. Modena 1846 (opera sommamente importante); Carmignani (oltre l'opera già citata) negli *Scritti inediti,* Lucca 1852, dove al vol. v, pag. 323 si contiene un progetto di legge sulle prove, compilato da lui. Vedi anche vol. vi, pag. 258.

3). In Francia, dove è pur vigente il sistema dell'intimo convincimento, i cultori della scienza vanno da qualche tempo occupandosi della teoria delle prove, essendosi omai persuasi che i giudici dovrebbero pur essere guidati da certe regole razionali. Si trovano infatti di questi studi in Helie, *Traité de l'instruction criminelle,* vol. v, pag. 421

dove l'autore analizza i varj modi di rintracciare la verità; inoltre in Morin, *Repertoire du Droit criminel,* vol. II, p. 362; ed in Bonnier, *Traité des preuves,* Paris 1852.

4). Ma lo sviluppo della teoria della prova, che trovasi nelle opere degli scrittori inglesi ed americani, è ancor più istruttivo Vogliono essere indicati in ispecie: Best, *Treatise on the principles of evidence.* (Trattato dai principj della prova), nuova edizione, Londra 1854, importante per la minuta analisi che contiene; Wills, *An essay on the rationale of circumstantial evidence* (Saggio sui principj razionali della prova indiziaria). Londra 1850, importante per le spiegazioni che dà delle massime fondamentali relative alla prova per concorso di circostanze; Greenleaf, *Treatise on the law of evidence* (Trattato intorno alla legge sulla prova). Boston 1854, 3 vol.

5). In Germania sorse e si estese, da circa dieci anni, l'opinione che la teoria delle prove legali sia dannosa (ce ne occuperemo nei capitoli IX e X), ma si venne facilmente agli eccessi, volendosi obbligare i giudici a seguire, al pari dei giurati, soltanto il loro intimo convincimento; laonde non si credette nemmeno più necessario di occuparsi scientificamente della dottrina sulla prova; ma omai in questi ultimi tempi fu d'uopo convincersi che s'era andati troppo oltre.

CAPITOLO III.

Influenza delle due forme fondamentali di procedura, accusatoria ed inquisitoria, sulla teoria della prova.

Le forme fondamentali, secondo cui si può trattare il processo penale, sono due: accusatoria ed inquisitoria [1]. Ma la differenza tra l'una e l'altra non istà in qualche carattere meramente esteriore; come per esempio in ciò, che nel processo accusatorio vi sia un accusatore, e la procedura si agiti tra lui e l'accusato, in un modo somigliante a quello del processo civile; e che invece nell'inquisitorio vi abbia un inquirente che procede d'ufficio. Ben diverso

1 Vedasi un confronto tra le due forme nella *Proc. pen. ted.*, § 28, e nelle opere ivi citate; poi nell'Antologia di Firenze, aprile 1852, pag. 111, l'articolo di Celso Marzucchi *Sulla publicità delle procedure criminali e sul processo inquisitorio*; — e specialmente in Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Vol. IV. (Lib. IV.)

è nell' uno e nell' altro tanto l' indirizzo generale, quanto il carattere fondamentale di ogni singolo stadio; e siccome il processo penale è un tutto organico, così, a seconda che parte dal principio d' accusa o da quello d' inquisizione, son diverse anche le massime cardinali concernenti le prove e il modo di sentenziare.

Lo sviluppo storico [2] delle forme di procedura ci insegna che la costituzione politica dello Stato concorre a far adottare l' una piuttosto che l' altra [3]. Dove domina un principio popolare, ivi domina pure la forma d' accusa, E invero il popolo vede in ogni accusa contro un cittadino un attacco pericoloso per la publica e privata libertà, e guarda con diffidenza ai mezzi d' offesa, che il Potere, ha, per tal modo, in sue mani. Perciò poi cerca di avere il maggior numero di guarentigie contro i possibili abusi, e considera il carattere *politico* del processo penale, più importante che non il carattere meramente *giudiziario*. Il processo inquisitorio, per l' opposto, appartiene principalmente al sistema monarchico, e vige in quei paesi in cui il movimento politico è infrenato da un potere che si diffonde dal centro, e agisce per mezzo d' una lunga serie di publici funzionarj di infinite gradazioni; dove il potere supremo fa processare i delitti nell' interesse della sicurezza generale e dell'ordine; e con istruzioni apposite dirige l'opera del giudice, facendo trattare i processi penali in quel modo cauto, indagatore, e rigorosamente legale, con cui si tratta ogni altro affare della publica amministrazione. Ecco perchè nell' antichità, e massime nei tempi republicani, dominava la forma d' accusa, come nell' antico diritto germanico, fin che durò la popolare istituzione degli scabini; e perchè, al contrario, al tempo degli Imperatori romani [4] si mostrarono alcuni caratteri di procedura inquisitoria; e nel medio evo poi questo principio acquistò una assoluta prevalenza in quegli Stati, in cui il potere andò aumentando, e dove, più che in altri, la pena si rappresentò come una conseguenza necessaria del delitto, per tu-

2 *Proc. pen. ted.*, P. I, § 27.
3 Carmignani *op. cit.* Vol. IV, pag. 31 e seg. (Lib. iv, c. iii.)
4 Così resta sciolta anche la controversia, se il diritto Romano conoscesse il processo inquisitorio. Un cenno se n'ebbe nella instituzione di certi funzionarj incaricati di investigare i delitti (*Irenarchæ*, *Stationarii*); ma la forma fondamentale restò ancora quella d'accusa. *Proc. crim. ted.*, § 27.

tela generale [5]. Di qui si vede anche perchè nelle monarchie costituzionali, volendosi guarentire maggiormente da ogni attacco la libertà civile e personale, e ben scorgendosi che il processo penale può diventare un pericoloso stromento di oppressione, si manifesta una decisa tendenza in favore del processo accusatorio, o per lo meno in favore di alcune forme di esso, come lo provano i tentativi fatti da alcune recenti legislazioni, di introdurre un sistema misto. Non dee credersi per questo, da chi metta a confronto l'un sistema coll'altro, che il processo inquisitorio sia per sè medesimo pericoloso all'innocenza ed alla libertà civile; nè si devono attribuire a questo principio, anche quando è puro e bene inteso, quei rimproveri che riflettono invece gli abusi che ne furono fatti [6].

Ove si consideri più attentamente la natura del processo d'accusa, lo si trova fondato in una specie di lotta tra due forze, ciascheduna delle quali si adopera a dimostrare la verità delle proprie asserzioni, e a farle trionfare. L'accusatore impiega tutti i mezzi per provare la verità dell'accusa e farne persuasi i giudici; l'accusato si difende con ogni arma, e cerca di guadagnare in suo favore il loro convincimento. In quella guisa che, in tempi ormai antichi, quando erano ancora in uso i giudizj di Dio e il duello giudiziario, l'accusatore e l'accusato venivano a personale combattimento; anche nel processo accusatorio, al punto a cui si è sollevato, si scorge una lotta di forze (morali) nella quale i combattenti si servono delle armi della parola e della persuasione, e dove, come dice Carmignani [7], l'animo del giudice è il lor campo di battaglia; ciascheduno cerca di smuoverlo, come una forza passiva, su cui le due forze rivali agiscono. Quindi è che il metodo di indagare la verità è, nel sistema d'accusa, un metodo *sintetico*, perchè ognuna delle due parti pone innanzi delle asserzioni determinate, colle prove che le dimostrano. E già all'aprirsi del processo (che è affatto publico) l'accusatore ha di mira un accusato, ch'egli direttamente incolpa; il che riesce poi

5 Perciò i primi indizj di processo inquisitorio apparvero nelle città. *Proc. pen. ted.* § 27.

6 Intorno allo spirito del processo inquisitorio vedi OErsted, *Neuer Beitrag zu den Verhandl. über Gegenstände der Strafgesetzgebung* (Nuove contribuzioni sopra oggetti di legislazione penale), pag. 284 — E l'articolo di Mittermaier nell'*Arch. di Dir. Crim.* Vol. XI, pag. 437.

7 *Teoria delle leggi*, ecc. Vol. IV, pag. 56. (Lib. IV, c. V.)

assai pericoloso per quest' ultimo: donde la necessità di esigere certe guarentigie contro la malizia dell'accusatore p. e, cauzione, arresto e simili. Del resto tutto sta nella incolpazione, e non si fa luogo a qualsiasi inquisizione preliminare [8], ma s'apre senz'altro la discussione, in cui le due parti combattono la loro pugna intellettuale e cercano di agire sull'animo dei giudici.

Anche l'esame dell'imputato è del tutto differente da quello che ha luogo nel processo inquisitorio [9]; poichè essendo l'accusa palese e non segreta, l'esame può limitarsi a farla conoscere all'accusato per sentire le sue dichiarazioni; e però non è necessario che il giudice si prenda la minima briga per indurre l'accusato a confessare. È principio incontrovertibile nel processo accusatorio che l'accusatore è tenuto di provare egli stesso la sua accusa; ond'è che la confessione dell'accusato non può essere il suo scopo. Parimenti non si può in nessun modo costringere l'accusato a rispondere; dal che deriva essere la tortura estranea al processo accusatorio; e se vi era nel processo romano [10], aveva per altro un diverso carattere, poichè serviva soltanto come mezzo [11] per rafforzare la credibilità dei testimonj [12]. E quanto poi al sistema introdotto più tardi di assoggettare anche l'accusato ai tormenti, è da attribuirsi all'influenza dell'elemento inquisitorio.

Un altro carattere essenziale del processo accusatorio sta in ciò, che tutta la discussione che si agita tra l'accusatore e l'accusato, avviene dinanzi a quei medesimi giudici che devono poi decidere se l'accusa sia fondata sul vero; quelli appunto, sull'animo dei quali essi cercano di acquistare predominio, con ogni mezzo che è a loro disposizione. Ma i giudici poi che devono sentenziare, non pos-

8 L'inquisizione preliminare si restringe a una specie di indagine preventiva per sapere, p. e., se l'accusatore possa ammettersi all'accusa, e per preparare il dibattimento publico.

9 Vedi la *Proc. pen. ted.*, § 95.

10 Dig. XLVIII, 18. Vedi la *Proc. pen. ted.* § 16 in fine.

11 Così si spiega perchè p. e. si sottoponessero a tortura quelle persone della cui sincerità non si era pienamente tranquilli. L. 15 Pr. Dig. *De quæst.* (XLVIII, 18). *Ex libero homine pro testimonio non vacillante quæstionem haberi non oportet.* (Nel testo è citata a questo luogo la L. 21 Dig. *De quæst.* ma evidentemente per errore tipografico che il traduttore francese aveva già corretto sostituendovi la L. 15 Pr. che noi abbiamo riportata. Infatti la L. 21 non consta che di queste due linee: *Quæstionis habendæ causa neminem esse damnandum, D. Adrianus rescripsit;* dove non c'è attinenza all'argomento che qui tratta l'autore — A.)

12 Carmignani, *Teoria*, ecc. IV, p. 70 (Lib. iv, c. v).

sono, nel processo accusatorio, essere delegati dal Governo, perocchè a cagione dell'importanza politica di questo sistema, i giudici dello Stato sarebbero guardati con diffidenza. Il popolo istesso dev'essere il giudice, o almeno persone scelte tra il popolo, geloso custode e difensore delle sue libertà. Soltanto a tali giudici la società affida il formidabile potere di decidere intorno ai più sacri diritti dei cittadini. Dinanzi a questi giudici popolari il processo diventa assai più drammatico, e si circorda di quelle molteplici solennità che rispondono alla importanza della cosa. Così apparisce e si rappresenta come un atto unico, che tutto comprende in sè, e nel quale l'accusatore e l'accusato tutto espongono, e fatti e prove, per convincere i giudici, affinchè, terminata la discussione, questi possano decidere senz'altro, secondo la recente impressione che hanno ricevuta [15].

E perchè tutti gli atti relativi alla verificazione delle prove devono seguire dinanzi ai giudici, e la società civile ha un interesse immediato di conoscere l'esito di questo importante affare, deve necessariamente trattarsi in publico, e la trattazione dev'essere orale, per poter corrispondere allo scopo, giacchè le deduzioni scritte sarebbero superflue affatto per giudici la cui sentenza non può essere soggetta ad appello, e che devono essere presenti alle discussioni ed alla lotta tra l'accusatore e l'accusato.

In questo sistema si parte dal principio che a dare il giusto valore alle prove bastano il buon senso, l'educazione e l'esperienza di qualunque cittadino; poichè non si dee far altro che adoperare convenientemente quel criterio innato che fa scoprire la verità e, secondo l'impressione ricevuta dagli sforzi delle due parti, decidere poi se l'accusato sia colpevole.

Del tutto diverso è il carattere del processo inquisitorio. Il principio fondamentale che lo dirige è questo: giovarsi di tutte le tracce che conducono a scoprire i delitti, e di tutti i mezzi legali atti a far conoscere il vero; e ciò per mezzo di un giudice nominato dal governo e vincolato a certe istruzioni date dalla legge, allo scopo di constatare la verità

15 Non accadrà dunque mai nel processo accusatorio che i giudici in luogo di decidere, conchiudano per più ampie informazioni. (Si noti che l'autore parla qui del processo accusatorio puro, e non quale ha luogo oggidì nella più parte degli Stati, dove è in vigore un sistema misto, come si vedrà più innanzi — A.)

materiale, assoluta, e di decidere se sia stato commesso un determinato delitto, e se l'autore ne sia quella determinata persona che ne è imputata. Il metodo che guida questa procedura, nella indagine della verità, è l'*analitico* [14]; l'inquirente, mantenendosi in una specie di scetticismo, mette a profitto tutto ciò che può somministrar materiali per la scoperta del vero; nè vi ha lotta di forze contrastanti, in mezzo alle quali il giudice tenga l'equilibrio; nè una incolpazione determinata, e nemmeno una affermazione positiva, che l'imputato sia l'autore del delitto. Ogni nuovo passo, per effetto del quale taluno apparisce più chiaramente e direttamente incolpato, in guisa da rendersi per lui più minacciosa e funesta la procedura, dev'essere anche più rigorosamente giustificato per mezzo d'indizj desunti dagli atti già preceduti. Per ciò stesso poi i primi passi del processo, persino quelli che giovano all'imputato, si fanno in segreto, non ammettendosi una publica accusa [15]. Si indaga nel silenzio per scoprire la verità; e però anche gli esami e costituti non possono avere il carattere che hanno nel processo accusatorio. Qualora infatti gli indizj si esponessero publicamente, si verrebbe a fare una incolpazione positiva, e si renderebbe difficile la confessione dell'imputato. Questa invece è lo scopo del processo inquisitorio, poichè essendo diretto a scoprire la verità assoluta, è naturale di crederla assicurata quando vi sia una confessione coscienziosamente ottenuta, e prudentemente accertata; purchè però, per voler conseguire la confessione, non si vada all'eccesso di sottoporre l'imputato alla tortura. Ma una procedura siffatta, condotta gradatamente, secondo un preconcetto disegno, e colla mira di scoprire la verità, riesce al certo alquanto lenta, e dev'essere necessariamente scritta, perchè i giudici possano studiarla, e sopra tutto poi perchè in questo sistema ha luogo anche il rimedio dell'appellazione.

Un'altra conseguenza del principio che la persecuzione dei delitti e la decisione dei processi è cosa di publico interesse, si è che debbono esserne incaricati giudici nominati dal governo. Ma non può poi concedersi loro, come ai giudici popolari, di decidere secondo il loro convinci-

14 Carmignani, *Teoria*, ecc. IV, p. 34. (Lib. iv, c. iii).
15 Vedi la memoria di Mittermaier nel *Nuovo arch. di Dir. Crim.* Vol. XI, p. 184.

mento e senza esporre i motivi della loro decisione. I giudici, al pari di tutti gli altri impiegati, non possono agire altrimenti che secondo istruzioni date dalla legge; e siccome non avvi una lotta di forze contendenti, come nel processo accusatorio, nè trattasi unicamente di decidere se abbia ragione l'accusatore o l'accusato, così la legge, la quale si propone di ricercare la verità assoluta o di fatto, non dee permettere che la sentenza si fondi sopra altri mezzi di prova, fuor quelli che una costante esperienza dimostrò più sicuri a questo fine; e segnando certi limiti all'arbitrio dei giudici, si risolve nel sistema della teoria legale di prove, la quale si rappresenta come un'opera scientifica, informata dalla idea somma della verità assoluta, e diretta alla tutela dell'innocenza.

Questi sono i principj sui quali si erige il sistema inquisitorio tedesco.

Si è notato più sopra che la costituzione politica dello Stato contribuisce anch'essa a dare prevalenza all'una, piuttosto che all'altra forma di procedura; niuna meraviglia pertanto, se nelle diverse legislazioni d'Europa e nei recenti progetti, si scorge una viva tendenza ad adottare il sistema accusatorio. Potrebbe dirsi che il processo penale inglese, più che ogni altro, abbia seguito questo sistema in tutta la sua purezza; e nondimeno sarebbe grave errore il credere che il processo penale inglese fosse eguale a quello dei romani. Così nell'uno come nell'altro, egli è vero, il giudice non può intraprendere una inquisizione d'ufficio, ma deve aspettare l'accusa privata[16]; poichè nel sistema inglese non avvi alcun publico funzionario, col carattere di publico accusatore, che sia incaricato di raccogliere le tracce dei commessi delitti[17], e comunicarle al giudice inquirente, colla proposta di procedere. Questa mancanza di publico accusatore, combinata col fatto, che in Inghilterra si conosce unicamente il sistema d'accusa, è la causa principale del deplorabile aumento dei delitti. Ma ove ben si consideri, si trova poi una gran differenza tra il processo accusatorio inglese e il romano: nell'inglese domina princi-

16 V. la *Proc. pen. ted.*, § 130.

17 Su di ciò si levarono in Inghilterra forti lagnanze perchè ben si scorge che ne deriva la impunità di molti delitti. V. op. cit., § 130, nota 1. (La necessità di un publico ministero in Inghilterra sembra essere ora generalmente riconosciuta, e si pensa omai a provvedervi. V. un art. di Mittermaier nella *Temi* di Firenze del 1853 — A.)

palmente il carattere monarchico e vi si sente l'effetto del principio che il processo penale è un affare importante, che si tratta nell'interesse della società; e l'idea antica essere custode supremo della pace il re [18]: provvedere egli co'suoi impiegati [19] a mantenerla: essere persino egli stesso interessato alla persecuzione di ogni delitto, spiega come sia il giudice di pace [20] quegli che, nella inquisizione preliminare, raccoglie i materiali necessarj, per poter decidere se la publica pace sia stata turbata; ed è poi noto che questi giudici di pace cercano, non di rado, di indurre l'imputato alla confessione [21]. Colla costituzione delle antiche comunità [22] sorse il *gran Giurì*, benefica guarentigia per l'imputato, perchè impedisce che leggermente e senza titolo si accusi taluno al publico giudizio. Il vivo interesse che ha lo Stato nel processo penale, si manifesta anche in ciò, che la formazione delle liste dei giurati è demandata a publici funzionarj [23]. Dalla lotta tra il potere monarchico e il popolare, e dalla necessità di tenerli separati, nacque il Giurì, e si definirono i suoi rapporti coi tribunali composti di giudici dello Stato; d'onde poi la distinzione tra le quistioni di fatto e quelle di diritto. I progressi della civiltà, la diffusione delle idee già sôrte negli stati vicini, sulla procedura d'*ufficio* e sulla importanza della verità materiale, l'influenza stessa dei giudizj ecclesiastici [24], che nel medio evo, ed anche assai dopo, sussistettero in Inghilterra, del pari che in tutta Europa: tutto ciò concorse a dare al processo inglese quel carattere di razionale e determinata trattazione, in cui, se è minore la pompa drammatica, a paragone dell'antico sistema accusatorio, sono però maggiori la gravità e il decoro, e più pacata è la ricerca del vero. Così si spiega come siano state compilate tante leggi e teoriche intorno alla prova [25]; come si sia

18 Bracton, *De Legibus Angliæ* III, cap. 10.
19 Lo *sceriffo* e il *giudice di pace*. V. la *Proc. pen. ted.*, § 37.
20 *Proc. pen. ted.*, § 130.
21 Russel, *On crimes and misdemeanors* (Dei crimini e dei delitti) II, p. 645-649.
22 Vedine la storia nella *Proc. pen. ted.*, § 150.
23 *Atti del parlamento*, 22 giugno 1825. *Proc. pen. ted.*, § 39.
24 Derivano di qui la forma di procedere *by information* (per via d'inquisizione). V. la *Proc. Pen. ted.*, § 18.
25 Nulla importa che, per la maggior parte, queste regole non siano state inserite in una legge scritta, e si rinvengano soltanto nella *common law* (legge consuetudinaria comune); poichè in Inghilterra la *common law* è sacra quanto la *statute law* (la legge sanzionata). V. la *Proc. pen. ted.*, ivi.

formata una specie di teoria di prove, generalmente accolta e diretta allo scoprimento della verità assoluta; e come finalmente il voto dei giudici giurisperiti abbia una preponderanza sulla decisione dei giurati, ogni volta che occorrono quistioni di diritto [26]. E così parimente si spiega perchè nella stessa Inghilterra si cerchi ogni giorno più di organizzare il processo penale secondo principj razionali, formandone un mezzo di indagine della verità assoluta [27].

Ancor più erroneo si è l'asserire, come si fa di sovente, che il processo penale francese riposi sul principio d'accusa. Poche forme tolte dal processo accusatorio non sono ancora un sistema d'accusa. Esiste bensì in Francia un'autorità publica (Publico Ministero [28]) che agisce in nome della società, fa proposte per avviare il processo, e somministra all'inquirente le prove; ma questi poi assume e raccoglie tali prove con quella imparzialità [29], che già notammo essere guida all'inquirente anche nel processo inquisitorio tedesco. Or tutto questo è piuttosto una conseguenza del principio inquisitorio, che di quello d'accusa [30]. Prima di intraprendere qualunque passo importante della inquisizione preliminare, si deve sentire il parere di un tribunale imparziale, e per tal modo l'arbitrio dell'inquirente, non può mai diventare pericoloso [31]. Inoltre v'hanno processi che non sono punto provocati dal publico ministero, ma si intraprendono dallo stesso giudice istruttore, perchè si fondano sul così detto *délit flagrant* [32]. Anche il tribunale (corte) d'appello, in quei casi in cui, forse per motivi politici, il publico ministero volesse ignorare un misfatto, può ovviare al pericolo dell'inazione di lui, coll'intraprendere da sè la procedura [33]. Persino la camera d'accusa non è assolutamente vincolata alle proposte del publico ministero, nè alle prove da lui somministrate; che anzi, nell'interesse della verità, può ordinare nuove veri-

26 *Proc. pen. ted.*, § 188.

27 Vi si riferiscono anche gli studi recenti sulla unanimità dei voti. *Law magazine* (Archivio legale), fascic. XVI, p. 44-66.

28 *Proc. pen. ted.*, § 41.

29 Così almeno deve fare; e il coscienzioso giudice inquirente francese lo fa.

30 *Proc. pen. ted.*, § 28 in fine.

31 Secondo il *Code d'instruction crim.*, art. 127, il giudice istruttore deve riferire alla camera di consiglio i processi che egli istruisce, e riportarne un conchiuso o decreto (*arrêt*).

32 *Code d'instruct.*, art. 59.

33 *Code d'instruct.*, art. 235.

ficazioni [34]. E finalmente lo stesso dibattimento orale publico, che viene in seguito al decreto della camera d'accusa, è diretto principalmente [35] a far emergere la verità, ond'è che il presidente può citare egli stesso d'ufficio, durante il dibattimento, testimonj e periti [36], sebbene non compresi nella lista presentata dal publico ministero e dall'accusato; e l'esame dei testimonj che si fa dal presidente mostra esso pure con quanta cura si va in traccia della verità materiale, e quanta influenza abbia sul processo francese il principio inquisitorio.

Aggiunta inedita.

Solamente in questi ultimi tempi si fecero importanti ricerche intorno alla essenza dei sistemi inquisitorio ed accusatorio. Già nella mia opera, tradotta in italiano da Maltini col titolo: *Il processo orale, accusatorio, publico e per giurati* (Modena 1848), ho svolte nel § XXIV, pag. 377, le opinioni che allora (1845) dominavano in Germania, sui rapporti tra i due principj; ma da quel tempo in poi la dottrina si è grandemente arricchita. Si riconobbero ognor più in Germania gli svantaggi del processo inquisitorio, quale era da prima, e poichè tanto si era detto sul sistema accusatorio vigente in Francia, si instò così vivamente nelle publiche discussioni, affinchè in avvenire il processo penale si fondasse sul principio d'accusa, che fin gli stessi governi nel 1848 accolsero come giuste siffatte domande. Ma ora vengono in luce molti scritti che si occupano del miglioramento del processo penale; e divenne oggetto di scientifiche indagini la quistione sui rapporti tra il processo inquisitorio e l'accusatorio. Tuttavia apparvero ben presto imprecise e contradittorie le idee dominanti sulla natura di questi principj, e sopratutto fu da qualche scrittore (p. e. da Zachariae) erroneamente detto, che dove avvi un publico ministero, ivi è in vigore il principio d'accusa; mentre altri, p. e. Köstlin, ammetterebbero il publico ministero anche nel sistema inquisitorio. Quando poi si trattò della formazione dei nuovi codici, sorse una nuova opinione: tutto consistere nella *forma*, ed essersi conceduto 'abbastanza

34 *Code d'instruct.*, art. 228.
35 *Proc. pen. ted.*, § 149.
36 *Code d'instruct.*, art. 269.

al principio accusatorio, dando al processo la *forma d'accusa* [1]. Io ho esposte ed esaminate queste nuove opinioni nella mia opera, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren* (*La legislazione e la pratica del processo penale*). Erlangen 1856, pag. 269 a 290 (*). Quanto alla teoria della prova, l'importanza di conoscere se il processo è guidato dal principio d'inquisizione, o da quello d'accusa, sta in ciò, che nel primo il giudice inquirente parte dalla presunzione che colui ch'egli tratta come sospetto sia anche veramente colpevole; e però, con artificiosi esami e con scaltre domande, esercita su di lui una morale coazione a manifestare la verità, per modo che l'imputato si trova naturalmente condotto a dover egli stesso dimostrare la propria innocenza. In tal sistema di processo, il giudice, che rappresenta ad un tempo la parte di accusatore, procede senza una incolpazione determinata: laonde ha detto assai bene Helie nel suo *Traité de l'instruction criminèlle*, vol. v, pag. 50: « La procedure inquisitoriale se fonde sur la présomption de la culpabilité de l'accuse; ella ne l'affirme pas, ella la suppose; et c'est en s'appuyant sur cette hypothèse, qu'elle cherche, par la methode analytique, à rassembler tous les indices, toutes les probabilités, qui peuvent la changer en certitude ».

Affatto diversamente va la cosa nel principio d'accusa. Qui tocca all'accusatore a formulare una imputazione determinata, e a dimostrarla; l'imputato non è nemmeno sentito in un regolare costituto, nè può essere obbligato a rispondere; ma tutte le prove devono essere già stabilite nell'inquisizione preliminare in presenza dell'imputato medesimo, con facoltà a lui di farvi le sue opposizioni. In suo favore sta la presunzione d'innocenza, sino a prova contraria; massima fondamentale del processo inglese (**).

(1) Hye, *I principj fondamentali* ecc., pag. 33 della traduz. ital.

(*) Di quest'opera era stata annunziata una traduzione italiana da Francesco Parteli Agg. giudiz. in Lodi, sin dal novembre 1856; ma finora non fu publicata.

(**) A questi generosi principj si oppongono talora le necessità della pratica. La presunzione d'innocenza può e deve bensì avere una efficacia nel senso, che non è lecito di prescindere mai dalle prove; ma i pratici ben devono ammettere che talora l'imputato per prevenire le prove contro di sè, o per impedire che nel dibattimento finale si confermino quelle che vennero in luce, nell'inquisizione preliminare, facilmente si adopera a corrompere i testimonj od a comperarne, per lo meno, il silenzio. Se, pertanto, le prove si raccolgono in presenza dell'imputato, per modo che egli abbia notizia di ogni passo che fa il giudice, si può ragionevolmente

CAPITOLO IV.

Forme miste di procedura.

Chi prenda ad esaminare i progetti più recenti, p. e. quello di Napoli [1], dei Paesi Bassi [2], di Baviera [3], del Würtemberg [4], e la maggior parte dei codici dei cantoni svizzeri, si accorge bentosto che il sistema processuale quivi seguito appartiene alle forme miste. Da diverse legislazioni, siano esse fondate sul principio d'accusa o su quello d'inquisizione, si scelgono quelle forme e quelle instituzioni che son più acconce per iscoprire la verità, e che assicurano, ad un tempo, e la punizione del colpevole, e la tutela dell'innocente. Il più dotto e più vigoroso avversario di queste forme miste di procedura è Carmignani [5]. Egli stima essere il sistema accusatorio e l'inquisitorio elementi tanto eterogenei e inconciliabili, da non potere la loro mescolanza produrre altro che danno. Il processo accusatorio è proprio delle costituzioni democratiche; sorge (così Carmignani) con una asserzione assoluta (*); e però esige che si decida al momento, senza inquisizione preliminare e senza verun ostacolo, qual è, p. e., un preventivo giudizio del tribunale sull'ammissi-

temere che la lealtà di questo sagrifichi la riuscita del processo. Spesso per mera compassione, ma talvolta anche per un deplorabile favore verso l'imputato, i testimonj s'inducono a tacere il vero, od anche ad affermare il falso. Il legislatore adunque non potrebbe secondare quelle massime di una apparente filantropia, senza porre in pericolo la realizzazione del diritto sociale; laonde il segreto della inquisizione preliminare, e spesso anche l'arresto preventivo dell'imputato, sono necessità inevitabili, e le troviamo in tutte le legislazioni, dove più, dove meno, confermate, e così nel Reg. aust. Se poi la legislazione debba assolutamente respingere ogni presunzione di reità; se, date certe condizioni di prova, e trattandosi di persone diffamate e già punite altre volte, non si possa prescindere da certe altre condizioni più rigorose (come avviene nel § 281 del regolamento austriaco di procedura penale) si esaminerà a suo luogo parlando della prova indiziaria e della prova composta — A.

1 Del 1819 (sanzionato ai 26 di marzo) Vedi la memoria di Mittermaier nel *Giornale per la giurisprudenza straniera*, vol. V, p. 128.

2 Vedi l'altra memoria del medesimo giornale, vol. I, N.° 20, vol. II, N.° 6.

3 Prog. del 1831 (sanzionato nel 1843).

4 Progetti del 1831.

5 Nella sua opera già citata: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. IV, p. 281-313. (Lib IV, c. XIV).

(*) « Il processo accusatorio si presenta e dice *asserisco;* l'inquisitorio si presenta e dice *rintraccio*. L'uno ha nell'animo la certezza, l'altro vi ha il dubbio. Come lusingarsi che due sistemi di sì diverso carattere possono fare alleanza tra loro? » CARMIGNANI, *loc. cit.*

bilità dell'accusa; ma soltanto a seconda delle prove addotte dell'accusatore, e delle giustificazioni opposte dall'accusato. Giusta siffatta opinione, il sistema accusatorio non comporta qualsiasi procedura scritta; la confessione fa prova senz'altro; i giudici son tolti dal popolo, e decidono tra l'accusatore e l'accusato, senza alcuna teoria di prove, ma soltanto per intimo convincimento. Al contrario il sistema inquisitorio, (continua ancora il Carmignani) consiste in una serie non interrotta di atti legali; vuole che il processo sia scritto; riconosce come prove unicamente la confessione e la testimonianza; e nei casi di prova per indizj non ammette l'applicazione della pena ordinaria; e finalmente concede che i giudici, con una sentenza d'assoluzione *ab instantia* possano anche esprimere il loro convincimento che il caso sia dubbio [6]. Un publico accusatore pare al Carmignani una assoluta contraddizione [7]; ed anche un publico dibattimento si oppone, secondo lui, all'indole del processo inquisitorio; che se poi si permette ai giudici permanenti di decidere anche all'appoggio di meri indizj, si congiunge insieme il principio di una teoria legale di prove con quello dell'intimo convincimento.

Non si può negare che le idee di Carmignani contengono molto di vero. I nuovi legislatori commettono il grave errore di lasciarsi sedurre dalle attrattive della novità e di voler essere originali, pur desiderando di compiacere a tutti i partiti. Con tale intendimento vanno accattando singole disposizioni da quante leggi vi sono, senza por mente che là dove si trovano formano un tutto organico con altre parti, dalle quali non si potrebbero distaccare, senza che ne uscisse un edificio disarmonico. Ne è un esempio l'instituzione di un publico accusatore [8] nel processo scritto e segreto, dove riesce senza scopo [9]. Così pure, a torto si crede di aver provveduto alla publicità coll'introdurre nel processo scritto un dibattimento finale nel quale soltanto è conceduta la difesa [10]; a torto si attribuisce a giudici permanenti il diritto

6 Carmignani, *Teoria*, IV, p. 252. (Lib. iv, c. xiv).

7 *Ivi*, p. 284. (Lib. iv, c. xvi).

8 In alcune provincie dell'Annover, p. e. a Brema, un fiscale (un funzionario rappresentante il publico ministero) dopo ultimata l'inquisizione preliminare produce un atto d'accusa; ma questo metodo ci pare affatto inutile e fonte di ritardi.

9 Egli è perciò che non sodisfa nemmeno il sistema d'accusa del progetto wirtemberghese.

10 Feuerbach, *Betrachtungen über Oeffentlichkeit*. (Considerazioni sulla publicità) vol. I, pag. 98.

di decidere senza alcuna teoria di prove e secondo il proprio intimo convincimento [11]; e se, finalmente, si è adottato un sistema che comporta un dibattimento finale a voce e che attribuisce ai giudici permanenti la facoltà di decidere per intimo convincimento, a torto si ammette allora la sentenza dubitativa, cioè la così detta *absolutio ab instantia* [12]. Siffatte mescolanze meritano severa censura; ma non ancora sarebbe giusto per questo di condannare i processi misti.

Gli errori, dai quali il sistema di Carmignani non può essere assolto, sono i seguenti:

1.° Carmignani attribuisce al solo principio d'accusa, quale egli lo ha formulato, molti caratteri distintivi, che appartengono all'essenza ed alle massime fondamentali del processo penale *in genere;* e vi contrappone il principio inquisitorio, nel quale, secondo lui, non si possono trovare quei caratteri distintivi attribuiti all'accusatorio. Così, a modo d'esempio, egli asserisce senza fondamento che una condanna per mezzo d'indizj possa aver luogo unicamente nel sistema d'accusa, conseguenza dell'opinione che cogli indizj non sia possibile di comporre quella piena prova, che la ragione domanda. E del pari non è meno arbitraria l'asserzione che l'*absolutio ab instantia* sia una appendice inevitabile del processo inquisitorio.

2.° Altro errore di Carmignani è quello d'asserire che certe forme, da cui sono solitamente accompagnati il sistema accusatorio e inquisitorio, ne siano una conseguenza necessaria; opinione da cui deduce una incompatibilità dei due sistemi. Egli, per esempio, considera l'oralità come una forma necessaria del processo accusatorio, pel solo motivo che la trova in quelle legislazioni che seguono questo principio; e a questo medesimo processo poi assegna come elemento necessario l'instituzione dell'accusa privata e spontanea [13], colla facoltà dell'accusatore di far trattare, in qualunque caso, e a sola sua richiesta, il processo tra lui e l'accusato.

3.° Anche il volere che le due forme siano in un rapporto assolutamente necessario colle instituzioni politiche,

11 V. la memoria dell'Autore nell'*Arch. del Dir. Crim.* XIII, N.° 4.

12 Come nel Codice di Napoli. (Su questo argomento si dovrà ritornare più innanzi — A.)

13 Il processo scozzese somiglia sostanzialmente all'inglese, e nondimeno riconosce un publico accusatore. (*Proc. pen. ted.*, § 41.)

e che il processo accusatorio s'accordi soltanto coll'elemento democratico e l'inquisitorio col monarchico, è un errore. Certamente le istituzioni politiche di uno Stato hanno grande efficacia sulle forme del processo penale: ed è vero altresì che la forma accusatoria nacque nelle antiche repubbliche; tuttavia ambedue le forme si connettono colle idee fondamentali sulla pena; e queste sono indipendenti dalla costituzione dello Stato [14]. Ogni popolo, progredendo nell'incivilimento, conosce con tutta evidenza che un mezzo sicuro per mantenere efficaci le leggi e custodito l'ordine civile, sta nell'avere un sistema di processo penale bene organizzato; d'onde è condotto ad adottare la forma inquisitoria, ben accorgendosi non offrire l'accusatoria una sufficiente guarentigia che i reati abbiano ad essere indubbiamente investigati e scoperti [15].

Ugualmente infondata è l'opinione che tanto il Giurì quanto la facoltà di decidere per intimo convincimento, cioè senza una teoria legale di prove, siano emanazioni della democrazia. E per verità se il Principe, come supremo capo dello Stato, ha diritto di amministrar la giustizia, qual frazione del supremo potere, non è egli un controsenso il volerne trarre la conseguenza che sia egli stesso che giudica? Egli infatti altro non fa che ordinare che si giudichi nel modo più retto; e sanzionare, nell'interesse ben inteso dello Stato, quella forma che serve meglio a questo scopo.

4.° Sopra tutto poi Carmignani non considera che molte vie diverse conducono al medesimo fine, e che la stessa idea può manifestarsi in diverse forme. È indifferente che chi accusa sia il privato od un publico ministero; l'essenza non si cangia; è una accusa. Tanto il dibattimento orale publico, sotto certe condizioni, quanto, sotto certe altre, la procedura scritta segreta (come la tedesca), può far emergere la verità dell'accusa [16]. Ottima tra le legislazioni sarebbe al certo quella che, serbandosi fedele alla essenza di una instituzione e alle conseguenze tutte che ne deri-

14 V. anche Bienen, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses*, (Contribuzioni alla storia del processo inquisitorio), pag. 5.

15 Quest'idea data dal medio evo.

16 Sfortunatamente i propugnatori di una determinata forma, p. e. della publicità, sogliono trascorrere ad esagerazioni d'ogni sorta, e da qualche abuso che ha luogo nella forma contraria, e da qualche esempio eccezionale, traggono i loro argomenti per condannare tutto ciò che non corrisponde alla forma difesa da loro.

vano, non si allontanasse mai da quelle condizioni, che sono assolutamente necessarie per giungere alla meta prestabilita, e scegliesse a tal uopo quelle forme e quelle vie che essenzialmente vi corrispondono; ascoltando a un tempo stesso la voce dell'esperienza, per evitare gli abusi che questa ha svelati, e per adottare i mezzi e le forme più convenienti, con riguardo ai rapporti dello Stato pel quale la legge fu fatta, non meno che alla coltura del popolo, ed alla costituzione politica.

Gli scrittori che trattarono delle differenze che passano tra il principio accusatorio e l'inquisitorio, ebbero torto di non considerare, che, sotto un certo aspetto, ogni processo penale è accusatorio [17]. E invero i rapporti naturali delle singole parti del processo tra di loro non appariscono nella loro vera luce, se non quando si considerano l'accusa e la difesa come le due parti fondamentali, e l'inquisizione come il mezzo, con cui l'equilibrio delle forze che si contrastano nell'interesse della verità, vien regolato allo scopo di somministrare ai giudici, che decidono sulla verità dell'accusa, i materiali necessarj per proferire una giusta sentenza. Anche la storia del processo inquisitorio insegna non essersi voluto abbandonare l'idea che fondamento del processo penale è l'accusa, e che talora la *mala fama* fece le parti d'accusatrice [18], e gli articoli dell'inquisizione si considerano come gli atti dell'accusa.

Dal sin qui detto risulta:

1.° Che ogni processo penale si fonda sopra una accusa, in quanto che la parte offesa dal misfatto sorge colla sua querela reclamando giustizia, e su di ciò s'apre l'inchiesta. Ma qui convien distinguere: *a*) Se il delitto possa ravvisarsi piuttosto come una offesa ad un individuo o ad una determinata famiglia, per modo che la pena prenda l'aspetto di un mezzo di riconciliazione e di sodisfazione: e allora il processo si fonda sulla querela privata; *b*) Se al contrario la pena s'infligge nell'interesse della società, e come un mezzo per conservar forza alla legge, allora è la società stessa che s'adopera a ricercare i reati, sia delegando a ciò un publico accusatore, sia comandando di investigarne le tracce, a certi funzionarj, incaricati di mantenere l'ordine publico e di proteggere l'interesse sociale [19].

17 V. *Proc. pen, ted.*, § 56.
18 *Proc. pen. ted.*, §§ 18-27.
19 L'inquirente nel processo tedesco riunisce in sè, in certo qual modo, le due funzioni di publico accusatore e di istruttore.

2. Che in ogni processo si manifesta una controversia tra l'accusatore e l'accusato, poichè il primo presenta all'altro tutti i punti d'accusa affinchè si giustifichi. E ciò può accadere: *a*) in una querela privata, col comunicare apertamente l'incolpazione, sulla quale l'incolpato viene sentito; *b*) negli altri casi mediante un costituto, nel quale giusta un piano prestabilito, si vengono ad esporre all'imputato i titoli della sua imputazione.

3.° Che in ogni legislazione è idea fondamentale quella di impedire le temerarie e infondate accuse, colle quali può farsi grave offesa alla libertà individuale ed ai diritti dell'incolpato. A tale scopo servono: *a*) nella querela privata l'*inscriptio in crimen* (*), l'arresto od altre somiglianti misure, a cui si sottopone il querelante [20]; oppure *b*) nell'accusa publica o nell'inquisizione avviata d'ufficio, il sistema d'una camera d'accusa, che dichiari se l'imputato debba essere posto in istato d'accusa, o d'inquisizione speciale (**).

4. Che è debito di colui che accusa di somministrare la prova di quei fatti, sui quali è fondata l'incolpazione; donde la conseguenza che se l'accusatore non può dare questa piena dimostrazione, l'imputato dev'essere assolto [21].

(*) Nel sistema di procedura dei Romani, chi faceva un'accusa doveva adoperare una formula stabilita dalla legge, colla quale si asseriva avere il tale, nel luogo e tempo indicato, commesso il delitto; e questa formula doveva essere sottoscritta. La conseguenza era che non dimostrando l'accusatore la verità della sua asserzione, veniva sottoposto al giudizio di calunnia, senz'uopo di querela del calunniato; il giudice doveva appurare con quale intenzione avesse fatta l'accusa, e applicare, occorrendo, la pena del talione, cioè quella pena che sarebbe stata inflitta all'accusato, se fosse stata provata la sua reità. Tale è il significato della formula *inscriptio in crimen*. Era pertanto una validissima guarentigia contro le false accuse — A.

20 Come vedesi nel diritto Romano e nella C. C. C.

(**) Nel sistema del nuovo Reg. aust. di proc. pen. in cui, come già si disse, l'inquisizione si divide in preliminare e speciale, il conchiuso con cui si avvia quest'ultima (§ 145), dev'essere preso dal Giudice inquirente di concerto col Procuratore di Stato (§ 63), e in caso di disparere dev'essere sentito il *Tribunale*. A questo può ricorrere l'imputato, contro la deliberazione del giudice inquirente, indi contro la deliberazione del Tribunale può ricorrere anche al Tribunale d'appello. Il conchiuso d'*accusa* poi dev'essere preso sempre dal *Tribunale* e non dal solo giudice inquirente; anzi non è prescritto che questi intervenga alla sessione. Il Procuratore di Stato invece dev'essere presente e fare le sue proposte. Contro tal conchiuso è libero il ricorso. Vedesi in ciò la più ampia e liberale applicazione del principio or ora esposto dall'Autore — A.

21 Non può dunque giustificarsi la formula dubitativa dell'*absolutio ab instantia*.

Il carico della prova può poi spettare o all'accusatore in persona, se trattasi di querela privata, o a quel funzionario che è delegato a rintracciare tutti gli indizj e ad assumere l'inquisizione, raccogliendo tutti i materiali necessarj per pronunziar la sentenza. L'imputato pertanto, il quale non è mai in obbligo di provare la propria innocenza, dev'essere assolto, ogni volta che non si abbiano prove sufficienti per condannarlo (*).

Quali siano finalmente i mezzi coi quali la legislazione, nel sistema d'accusa, cerca di raggiungere il suo scopo, dipende da alcune massime:

1.° Dev'essere preferita quella forma che rende più sicuro il conseguimento dello scopo sommo, che è: niun delitto dover restare occulto, niun reo impunito. Ora essendo ben certo che col sistema di non procedere, se non ad istanza dell'offeso privato, si rende più frequente l'impunità dei colpevoli [22], il legislatore sceglierà il sistema, o di instituire un publico accusatore, quale avvi in Scozia e in Francia, o di ingiungere a determinati funzionarj, la cui sfera d'azione sarà stabilita, di investigare d'ufficio i delitti e le prove, mediante una inquisizione preliminare [23].

2.° Dev'essere preferita quella forma di procedura che è più acconcia a trovare la verità assoluta. Ogni legislazione adunque, che tenda alla verità assoluta, si attiene al principio inquisitorio, demandando all'inquisizione preliminare l'indagine di tutti gli elementi che possono giovare allo scopo di conoscere meglio la verità dell'accusa; in questo sistema tutto si appura con pari sollecitudine, sia quello che vale a prova della colpa, sia anche ciò che serve a giustificazione dell'imputato, senza bisogno che

(*) Quando l'imputato ammetta il fatto, ma asserisca di avere agito senza prava intenzione, p. e. per necessaria difesa, e non ne offra poi argomenti bastanti, ma tali da rendere appena *verosimile* la sua asserzione, qual giudizio dev'essere proferito? In tali casi si provano le difficoltà inerenti a un principio così assoluto, come quello che è qui professato dall'Autore e che esclude la formula dubitativa. Ma di ciò a suo luogo — A.

22 Lo dimostra mirabilmente l'Inghilterra. Un rapporto sui constabili (*First report on constabulary force*) fatto nel 1839, dice che esistono in Inghilterra più di cinquecento associazioni dirette allo scopo di impedire sì deplorabile impunità, assumendosi l'impegno di investigare i reati che si commettono. *Proc. pen. ted.*, § 130.

23 V. l'art. di Mittermaier nel *Nuovo arch. del Dir. Crim.*, vol. XI, pag. 446.

questi ne abbia fatta la proposta [24]. Quanto al modo poi di condurre l'inquisizione, si sceglie quello che meglio guida alla scoperta del vero, come, a modo d'esempio, il metodo tedesco, che si fonda sul sistema degli esami opportunamente diretti, dell'imputato e dei testimonj [25].

3.° Egli è a raccomandarsi specialissimamente quel metodo di procedura, col quale si può risparmiare all'imputato il danno d'essere posto senza fondamento in istato d'accusa o d'inquisizione speciale. A tal fine dopo chiusa l'inquisizione preliminare, ne vengono proposti i risultamenti ad un giudizio (sia questo il gran Giurì, come in Inghilterra, una camera d'accusa, come in Francia, oppure un tribunale chiamato a decidere sulla ammissibilità dell'inquisizione speciale) perchè dichiari se v'abbia tanta verosimiglianza che il delitto sia stato commesso, e tanto sospetto sull'imputato, da potersi decretare contro di lui l'accusa o l'inquisizione. Con questo preventivo esame degli atti si possono risparmiare all'imputato molti dispiaceri e molti danni, e allo Stato notevoli spese [26] (*).

4.° Quale abbia da essere poi il tribunale che dee proferire la sentenza definitiva, e sotto quali condizioni, dipende da un'altra regola. Si dovrà scegliere quel sistema che può inspirare nel popolo maggior fiducia che la sentenza proferita sia giusta [27]. Non si tratta unicamente di decidere se i tribunali composti di giudici permanenti e giurisperiti *meritino* maggiore fiducia che i giurati, ma se in fatto la *inspirino*. Ora, sotto il punto di vista del diritto penale, l'opinione comune si è, che i tribunali dovendo

24 Anche l'art. 47 della C. C. C. ordina al giudice di avere riguardo *d'ufficio* alle prove dell'innocenza (E il § 3 del reg. di proc. pen. austr. dice; « Le autorità che danno opera all'assunzione di un processo penale, debbono in tutte le indagini, verificazioni e decisioni, farsi carico, con pari sollecitudine così delle circostanze che servono a convincere l'imputato, come di quelle che stanno a sua difesa. »)

25 Quanto al carattere di questi esami e costituti, vedi *Proc. pen. ted.*, § 93.

26 Vedi la memoria di Mittermaier nell'*Arch. del Dir. Crim.* vol. XI, pag. 461.

(*) Questo è il sistema austriaco, di cui già si è fatto cenno sotto altro punto di vista nella nota (*) a pag. 7. Siccome poi tanto il conchiuso d'inquisizione quanto quello d'accusa sono reclamabili, con effetto sospensivo, mediante ricorso al Tribunale d'appello, così si scorge quanto il legislatore abbia avuto di mira l'applicazione del principio umanissimo qui esposto dal Mittermaier — A.

27 Vedi la memoria di Mittermaier nel *Nuovo Arch. del Dir. Crim.* vol. XIII, p. 280.

decidere secondo una teoria legale di prove saviamente ponderate, e tendenti, per mezzo di una scrupolosa accuratezza, a tutelar l'innocenza, e dovendo rendere conto delle decisioni, cioè palesarne i motivi, vadano più cauti, e sappiano esaminare le cose con occhio più intelligente e più legale. Ma d'altra parte i giurati, per la loro posizione indipendente, e per la presumibile più viva partecipazione alla sorte dell'accusato, presentano tali politiche guarentigie quali non possono dare i giudici. Per determinare poi quale dei due sistemi, valga meglio ed in grado maggiore a rassicurare la società, convien guardare in ciaschedun Stato alla cultura del popolo e alla sua costituzione [28].

5.° In ogni caso finalmente, vogliansi giudici permanenti o giurati, la forma migliore di procedura sarà quella nella quale si abbia la maggiore sicurezza, che coloro i quali decidono, acquistano una cognizione pura e genuina delle prove, non per mezzo di arbitrarj estratti dei protocolli d'esame, ma sentendo le deposizioni dell'accusato e dei testimonj direttamente dalla loro bocca, sgombrando così ogni dubbio con opportune domande, e procurandosi insomma il necessario convincimento. E però sarà ottima quella forma che ammette un dibattimento orale da tenersi dinanzi ai giudici, contro l'imputato posto in istato d'accusa, e nel quale si debbano sentire tutti i testimonj e periti (*), insieme coll'accusato istesso, sotto condizione che non si possa proferir la sentenza sul fondamento di altre prove, fuor quelle di cui *si fece uso nel dibattimento* (**). Ed ecco al certo una mischianza della forma inquisitoria colla accusatoria; ma non per questo la legge sarebbe men saggia, perchè un metodo siffatto sarebbe del pari acconcio a conseguire il suo fine, posto che, per altro, le sue prescrizioni costituiscano un tutto sistematico.

28 Intorno a ciò si verrà a maggiori particolari nell'esaminare il merito di una teoria legale di prove.

(*) Quelli cioè che si reputano necessarj a far conoscere la verità — A.

(**) Così dispone il § 259 del Reg. di proc. pen. austr. « .... il Tribunale, cui spetta di decidere, dovrà avere riguardo non solo a tutti i mezzi di prova emersi nel dibattimento, ma anche a quelli che risultarono dal processo d'inquisizione, *per quanto se ne sia fatto uso nel dibattimento*, e da questo non ne apparisca distrutta nè indebolita la forza. » Si noti tuttavia che in seconda e terza istanza il processo non è più verbale, cioè non ha luogo il dibattimento (su di che si adducono più ragioni, tutte però di sola *convenienza*) cosicchè il tribunale d'appello e la Corte suprema possono decidere sul processo scritto, ossia valutando *anche* quei mezzi di prova che non fossero stati adoperati nel dibattimento. Questa,

Aggiunta a questo capitolo
nella traduzione francese (1848).

Da alcuni anni si è operata in Germania una completa rivoluzione di idee, per ciò che riguarda la procedura criminale. Da per tutto si riconosce sempre più quanto sia vizioso e pregiudizievole il sistema dell'inquisizione scritta e segreta. Non v'ha chi nol dica: questo sistema non ottiene la confidenza del popolo, ed è lungi dall'assicurare la manifestazione della verità. Da ogni dove, pertanto, si fecero mozioni alle camere, per far introdurre una procedura modellata su quella di Francia e d'Inghilterra. Ma i governi non si liberarono ancora dalla loro diffidenza e da vecchie apprensioni, e temono siffatta innovazione come un colpo recato alla stabilità dell'ordine esistente. Nondimeno, a dispetto de' loro sforzi, il principio della oralità va prevalendo in ogni paese d'Europa, e noi lo abbiamo dimostrato con ogni particolare nella nostra opera: *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die OEffentlichkeit, und das Geschwornengericht,* Stuttgart, 1845 (*Il processo orale, accusatorio, publico e per giurati,* traduz. ital. dell'avv. Maurizio Maltini; Modena 1848, con aggiunte). Il primo passo verso un sistema migliore fu fatto in Germania coll'ordinanza virtemberghese del 1843 (già citata più sopra nel capo III, nota 96) la quale, pur conservando tutta l'antica procedura scritta e segreta, introdusse in fine una specie di dibattimento orale, in cui l'accusato ed il suo

non v'ha dubbio, è una gravissima anomalia; e le conseguenze son gravi del pari; perocchè le fonti del giudizio non essendo le medesime pei giudici di prima istanza e per quelli di seconda e terza, può accadere (e talora accade) che le sentenze di prima istanza vengano riformate all'appoggio di prove che non furono obbiettate all'accusato, o vengano confermate, ma per motivi diversi. L'inconveniente è poi reso ancor più grave dal modo eccessivamente succinto con cui si stendono i protocolli dei dibattimenti, secondo il formolario a stampa che fu diramato con decreto 23 febb. 1857, N.° 1814 dell'I. R. Ministero della Giustizia (pag. 75 dell'ediz. ital.). Questo formolario è piuttosto un indice che una esposizione delle cose fatte e dette nel dibattimento, il quale vi è tracciato in embrione; per modo che i giudici di seconda e terza istanza appena possono farsi una idea del come il dibattimento sia stato tenuto. Del resto il problema se, non essendovi il giurì, si possa render *inappellabile* la decisione di prima istanza, in quanto almeno alla quistione di fatto, e così ovviare alle anomalie dell'attuale sistema d'appellazione, è problema gravissimo; ma tocca solo indirettamente la materia delle prove, e non è qui il luogo di occuparcene — A.

difensore vengono dinanzi ai giudici. Vien fatto un atto d'accusa da un rappresentante del publico ministero (non però da uno speciale funzionario, ma da uno dei giudici, il quale ne fa le veci): si ammette il publico: il difensore presenta una memoria scritta: indi la discussione si agita tra lui e il publico ministero. Siffatto sistema, per quanto insufficiente e imperfetto, fu accolto con vivo favore; e serve a dimostrare, se non altro, essersi riconosciuta la superiorità del processo orale. Ma, lo ripetiamo, queste sono mezze misure; infatti: 1.° questa legge si applica soltanto all'alto criminale, e però nella immensa maggioranza dei casi rimangono le leggi vecchie; 2.° i testimonj non si fanno comparire; laonde i giudici vengono a conoscerne le deposizioni solamente da quei cenni, spesso infedeli o incompleti, che ne danno il rappresentante del publico ministero e il difensore; 3.° la publicità è limitata; l'ingresso all'udienza non si concede che ad uomini probi (*Ehrbaren*), ed è poi sempre rifiutato alle donne (*). (Vedi nell'opera succitata un minuto esame critico di quell'ordinanza a pag. 108 del testo tedesco; pag. 166 della traduz. ital.; in questa poi al § xxx, pag. 556, è accennata la nuova legge del Wirtemberg, del 14 agosto 1849).

Il regolamento di procedura penale pel Granducato di Baden, del 6 marzo 1845 (già citato nel cap. II, pag. 29) si spinse assai più avanti nella via del progresso. Avvi un publico ministero, istituito come in Francia, sulle proposte del quale si intraprende l'istruzione preliminare. Questa è segreta e finisce colla decisione del tribunale che mette l'imputato in istato d'accusa: allora, parimenti come in Francia, incomincia la procedura orale e publica, ma non decidono i giurati, sibbene i giudici permanenti; ai quali

(*) Anche il nuovo Reg. austr. accorda una publicità limitata. Hanno accesso di diritto (ben inteso, fin che c'è spazio) i difensori inscritti nella lista, certe categorie di publici impiegati, e le persone di fiducia scelte dalle parti; ed è rimesso inoltre alla discrezione del presidente di concedere l'ingresso a persone adulte, di civile condizione e di sesso maschile (§ 225). Lo spirito di questa restrizione è evidente. Se la publicità è una guarentigia che la legge offre all'imputato, è naturale che gli uditori dovessero scegliersi in quelle classi di cittadini, il cui giudizio sull'operato del Tribunale possa essere tenuto a calcolo. Tra le persone di fiducia poi sono ammesse, ad istanza dell'imputato, anche le donne; poichè la legge non fa, sotto questo rispetto, alcuna limitazione. E queste persone di fiducia possono intervenire anche nei casi in cui, per disposizione di legge, il dibattimento ha luogo in seduta segreta (a porte chiuse) § 224 — A.

la legge dà alcune regole sulle prove; essi devono manifestare i motivi delle sentenze, anche sulla quistione di fatto; il condannato finalmente può ricorrere al tribunale superiore (come in Francia, nella materia correzionale). Ma anche in tal modo le cose son fatte a mezzo, e le migliori idee rimasero sacrificate. E infatti: 1.° per uno spirito d'economia assai mal inteso, venne soppressa la camera d'accusa del codice francese: e lo stesso tribunale provinciale, già vincolato dalla decisione presa nell'istruzione preliminare, pronunzia lo stato d'accusa (§ 204) (*); 2.° Il dibattimento è bensì publico, ma a termini dell'art. 225, il tribunale può sopprimere la publicità, se gli sembra che il caso offra pericolo per lo Stato o per la publica sicurezza; le donne non hanno ingresso, tranne se l'accusa sia contro una donna; e l'accusato istesso, finalmente, ha diritto di chiedere che la seduta sia segreta (§§ 224-227); 3.° Per ultimo, e sempre per vista d'economia, la legge permette di far senza della comparsa di tutti i testimonj, e di decidere sulla sola lettura degli atti dell'istruzione preliminare (§ 211). Vedasi anche di questa legge un esame critico, nell'opera testè citata, a pag. 131, 266, 305 e 345 del testo tede-

(*) Nel sistema francese la Camera d'accusa è una frazione delle corti imperiali, ed è il centro di tutti gli affari criminali. Alla camera d'accusa vengono trasmessi gli atti dell'istruzione, compilati dal Tribunale competente; e il procuratore generale fa la proposta sulla collocazione in istato d'accusa. Il Tribunale, a cui viene rimandato il processo con questa deliberazione, tiene il dibattimento, se l'accusa fu ammessa. Anche il Reg. austr. 17 gennajo 1850 aveva adottato questo sistema pei casi penali demandati alle assise (§ 45); ma il nuovo Reg. 29 luglio 1853 lo abolì; e la facoltà di prendere il conchiuso d'accusa spetta a quello stesso Tribunale di prima istanza, che ha già dichiarata aperta l'inquisizione speciale per mezzo del giudice inquirente, e che fors'anche ha confermata la decisione di lui, sopra reclamo dell'inquisito. Coloro che videro in pratica l'uno e l'altro sistema, non dubitano di dare la preferenza a quello della camera d'accusa, perchè nel sistema attuale il Tribunale di prima istanza è quasi vincolato dal precedente conchiuso d'inquisizione, e inclina più facilmente a trovare che contro l'imputato sussistano legali indizj, dal momento che già ritenne tali i fatti presi a calcolo nel decretare l'inquisizione speciale. Avvi bensì il rimedio del ricorso contro il conchiuso d'accusa, ma per esso può temersi talora di peggiorare, anzichè migliorare, la condizione dell'accusato, massime nei casi in cui la quistione si aggira sul dubbio se il fatto debba o no qualificarsi un reato. E in vero, se il Tribunale d'appello conferma il conchiuso d'accusa, ritenendo anch'esso il titolo penale, la condanna dell'accusato viene ad essere quasi inevitabile, poichè difficilmente il Tribunale di prima istanza vorrà trovar dubbio ciò che già fu deciso anche dall'Appello, benchè potrebbe (per legge) decidere anche in senso contrario. Perciò poi i difensori prudenti sconsigliano in questi casi gli accusati dal ricorrere contro il conchiuso d'accusa, per non togliersi la speranza dell'assoluzione — A.

sco, e a pag. 199, 325, 368 e 405 della traduzione di Maltini.

Aggiunta inedita.

Mettendo a riscontro le diverse legislazioni ora vigenti in Europa, troviamo che la maggior parte, e specialmente poi quelle che vennero modellate sul codice francese, tra cui le legislazioni d'Italia, adottarono la forma mista che abbiamo difesa nel presente capitolo IV. Avvi cioè una istruzione preliminare, secondo il metodo inquisitorio; poi nel dibattimento orale si pratica il metodo accusatorio; ond'è che il processo si agita intorno ad una accusa determinata, tra il publico accusatore, l'accusato ed un difensore; le prove tutte, sì a carico che a difesa, vengono constatate in presenza dei giudici, e da ultimo l'accusatore e il difensore cercano di dimostrare, nelle loro verbali conclusioni, esser fondati i loro rispettivi assunti d'accusa e di difesa. Così avviene che nell'inquisizione preliminare resta assai migliorato il sistema inquisitorio mediante l'influenza del sistema accusatorio, poichè il giudice inquirente non può agire da sè, ma unicamente in seguito alla proposta del publico ministero (*). Le nuove legislazioni riconoscono non doversi l'imputato costringere a confessare, e nemmeno a rispondere. D'altro canto però si scorge che nel dibattimento orale quella meschianza di processo inquisitorio sturba lo svolgimento logico del principio d'accusa, dando al presidente ed al procuratore di Stato una certa prevalenza in confronto del difensore, e facendo del primo di essi un vero giudice inquirente, sia per la facoltà di sentire in costituto l'accusato, sia per le attribuzioni del potere discrezionale (*pouvoir discrétionnaire*) (**).

(*) Non così nel Reg. di proc. pen. austr. Il procedimento ha luogo d'ufficio (tranne i casi di querela privata) e il giudice inquirente non è obbligato d'aspettare le proposte del Procuratore di Stato, per intraprendere la procedura (§§ 2 e 61). Vedi Hye, *Principj fondamentali*, ecc., trad. ital., pag. 37 — A.

(**) Il potere attribuito dal Reg. austr. (§ 241) al presidente del dibattimento è bensì limitato in questo, che le sue determinazioni devono essere occasionate *da ciò che avviene nel dibattimento* medesimo, come se, a modo d'esempio, l'accusato si riporti alla testimonianza di uno, non ancora sentito in esame; ma è poi assai esteso, perchè egli può, non solo chiamare nuovi testimonj, ma richiedere nuovi pareri di periti, procacciare nuovi mezzi di prova e assumere, o far assumere, ispezioni oculari. Egli è, in ultima analisi, investito delle facoltà del giudice inquirente; colla differenza che le sue determinazioni spontanee non sono soggette a ricorso — A.

CAPITOLO V.

Confronti tra la prova nel processo penale e la prova nel processo civile.

Più cagioni han fatto sì che le idee e le massime del processo civile venissero estese anche al penale [1], non senza danno di questo; tali sono: l'analogia che passa tra l'uno e l'altro; l'essere stato il processo civile, assai tempo prima che il penale, oggetto di scientifiche trattazioni; e il vedersi che molte leggi del diritto romano sono attinenti così all'uno come all'altro. Per addurne qualche esempio, troviamo estese al processo penale le disposizioni relative ai termini perentorj ed alla cosa giudicata, tolte dal processo civile [2]. Ma le opinioni degli scrittori [3] discordano poi grandemente: taluni [4] riconoscono tra l'una e l'altra prova una differenza assoluta; e invece avvi un sagace scrittore [5] che cerca di stabilire una teoria di prova, comune ai due processi.

Non si può disconoscere che v'hanno alcuni punti di analogia; e sono questi due:

1.° Ambidue i processi sono pur sempre non più che una specie, un modo, del processo in genere; laonde certe somiglianze vi devono indubbiamente essere. Perciò stesso poi alcune massime sono comuni, poichè scaturiscono dall'indole generale di ogni procedura. Così a modo d'esempio, è necessario che si trovino in conflitto due parti, una delle quali chieda qualche cosa contro dell'altra, e che l'ammetterla o il rifiutarla dipenda dall'essere dimostrata, o no, la verità di quei fatti, sui quali la domanda si appoggia. Di qui viene, tra le altre, una regola comune al processo civile ed al penale, che, cioè, chi asserisce (sia esso l'attore, come nel processo civile, o il funzionario che rappresenta la società, come nel processo penale) deve provare la verità dei fatti asseriti, e che se non sono pro-

1 P. e. relativamente ai testimonj incapaci o sospetti (viziosi).

2 *Proc. pen. ted.*, P. II, § 195.

3 Reinhard, *De probat. civil. ac crimin. con- et disconvenientia.* Erford 1752.

4 Gönner, *Handb. des civil. proc.* (Manuale del processo civile) I, pag. 109.

5 Glosig, nell'opera *System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren* (Sistema di procedura civile) Lipsia 1809, p. 25.

vati, il reo convenuto, o l'imputato, deve essere assolto (*).

2.° Così nel processo civile come nel penale si tratta di conoscere la verità. Certe regole, pertanto, insegnate dalla ragione e dall'esperienza, siccome opportune per investigare la verità, e certe norme prudenziali per togliere le illusioni, devono guidare tanto il giudice civile quanto il giudice penale; quali sono, per esempio, quelle sulla forza provante delle testimonianze e sulla loro credibilità.

Ma chi ben consideri, scorge poi facilmente tra il processo civile ed il penale notabili differenze.

Prima differenza, che concerne la direzione dell'opera del giudice:

Il processo civile incomincia con una domanda determinata (**), la quale si fa per una pretesa, da una persona, e contro una persona parimenti determinata; nel processo penale, all'opposto, e particolarmente in quello inquisitorio, v'ha questo di singolare, che ben di rado l'incolpazione di un misfatto è diretta sin dal principio contro una persona determinata; spesso anzi non concerne nemmeno un determinato misfatto; imperocchè gli è soltanto dopo una diligente indagine che si conosce l'indole del reato commesso. Così, quando taluno fu ferito, non si sa subito se siasi voluto solamente ferirlo, o se siasi tentato di amazzarlo; donde viene che l'opera dell'inquirente ha un indirizzo diverso da quello del giudice civile.

Quella divisione che suol farsi della procedura civile in due parti distinte, nell'una delle quali si ricevono gli opposti assunti dei contendenti, e nell'altra si verificano le prove, non può farsi nel processo penale; imperocchè, date certe incolpazioni, e ammesso che siano fondate, il giudice può passare anche a certe misure, spesso pregiudizievoli alla libertà dell'incolpato, e alle quali non potrebbe far

(*) Secondo il sistema austriaco il Procuratore di Stato non può, a rigore, dirsi una *parte;* poichè sebbene rappresenti la società offesa che agisce contro il suo offensore, pure *coopera coll'autorità giudiziaria* a scoprire il vero. In conseguenza di questo diverso concetto, il Procuratore di Stato può ricorrere anche *a favore* dell'accusato contro sentenze che reputasse ingiuste o troppo gravose, e persino (così noi crediamo, e così cercammo di dimostrare in un nostro articolo sulla *Gazz. dei Tribunali* di Milano del 4 marzo 1858) può ricorrere contro decisioni *conformi alle sue stesse proposte.* E finalmente un'altra conseguenza è che la formula dubitativa, ossia lo scioglimento d'accusa (*absolutio ab instantia*), ha contro di sè un argomento di meno, come si dirà a suo luogo — A.

(**) Nel linguaggio forense noi la nominiamo *Petizione* — A.

luogo se già non vi fosse una grande verosimiglianza di ciò che venne asserito. q'ordinario poi il giudice inquirente viene a conoscere i fatti nell'atto stesso che ne assume eziandio le prove, come accade quando un testimonio manifesta spontaneamente qualche cosa; e allora, pel timore che un tal mezzo di prova, in caso di ritardo, venga a mancare, l'inquirente è in obbligo di ricevere la testimonianza e di valersene.

Nel processo civile le parti stesse somministrano le prove al giudice, il quale poi è obbligato a valersi di quelle sole; nel processo penale all'incontro il giudice inquirente non può essere interrotto o fuorviato nella ricerca delle prove; egli infatti e indaga le prove d'ufficio, e ne fa uso, e le fa risultare dagli atti del processo; poi esamina qual sia il valore del risultamento che ne ha ottenuto, per farsene scala a nuovi passi dell'inquisizione.

Nel processo civile le parti sono note, e però l'opera del giudice, rispetto alle prove, è rivolta unicamente a porre in chiaro, coi mezzi di prova offerti dai contendenti, la verità dei fatti su cui si appoggia la petizione dell'attore o la risposta del reo convenuto. Nel processo penale l'inquirente ha un campo assai più vasto per raccogliere le prove; attesochè l'investigazione ha per iscopo di accertare il fatto in genere, di rintracciarne l'autore, e di verificare tutti quei punti, dalla cui sussistenza dipende la retta applicazione delle pene. In ogni ispezione oculare, in ogni esame testimoniale, l'inquirente cerca di appurare tutti i fatti, anche quelli che forse hanno appena un lontano e indiretto rapporto colla decisione da proferirsi.

Persino nei varj stadj del processo, l'opera del giudice penale ha un indirizzo diverso. Nell'inquisizione preliminare si manifesta nel suo massimo grado quella molteplicità di tendenze, che una inquisizione deve avere; poichè in essa si va in traccia, anzi tutto, di un punto stabile su cui fondare una accusa. Spesse volte gli sforzi tendono, per prima cosa, a conseguire una qualche verosimiglianza dei fatti; la quale basta per poter procedere ad alcune misure processuali, quali sono l'arresto dell'imputato, e l'avviamento dell'inquisizione speciale contro di lui. Siccome per altro l'inquisizione preliminare dee raccogliere quei materiali di cui avranno a valersi i giudici nella decisione definitiva, e sovente accade che un mezzo di prova non possa ottenersi più tardi: così nell'inquisizione stessa

si devono rintracciare anche quelle prove che potranno a suo tempo produrre nei giudici quel grado di certezza che la legge esige. Non così avviene nel dibattimento finale; ivi è sotto accusa una persona determinata; laonde le indagini di prova si volgono più direttamente a scoprire se abbia veramente commesso il fatto, e qual pena abbia meritata.

Seconda differenza. Ancor più spiccata è la differenza che passa tra il processo civile ed il penale [6] quanto al principio che dirige l'assunzione delle prove, e quanto all'assunto dell'uno e dell'altro.

Nel processo civile si contende soltanto sull'esistenza e sull'estensione dei diritti privati, personali o reali: diritti che le parti possono anche abbandonare; nel penale, al contrario, si tratta del publico interesse. E questo non può cessare per la rinunzia del privato cittadino [7]; l'interesse sociale esige che chi ha violata la legge venga indubbiamente punito, perocchè l'impunità scioglie il vincolo dell'ordinamento civile, e distrugge la dignità delle leggi. Trattasi inoltre, nel processo penale, dell'applicazione di pene che colpiscono diritti inalienabili. Perciò nel civile può dirsi provato un fatto, tosto che tra le parti non c'è contrasto, o che la parte che lo asserisce ne fa persuaso il giudice col silenzio e coll'acquiescenza della parte contraria; ma nel penale lo scopo della prova è assai più alto, perchè mira a raggiungere quella maggiore certezza, che ad uomo sia dato di ottenere. Questa e non altra può bastare, affinchè il giudice condanni; perchè le pene feriscono i più sacri e non risarcibili diritti dei cittadini, e perciò non si possono altrimenti legittimare che procurando ai giudici, con ogni mezzo, la convinzione, che il contrario non sia possibile. A tali richieste poi sodisfanno soltanto quelle prove che la ragione ha suggerito, e che una lunga esperienza ha trovate convenienti per la scoperta della verità [8].

Da queste premesse scaturiscono quattro conseguenze:

1.° Il numero delle prove nel processo penale è più

6 Carmignani, *Teoria*. ecc. IV, pag. 113. (Lib. iv, c. vn).

7 L. 38 D. *De pactis* (ii, 14): « Jus publicum, privatorum pactis mu« tari non potest. » (Cod. pen. austr., § 33; colle due sole eccezioni dei §§ 187 e 188, relativi alla restituzione della cosa rubata o infedelmente sottratta, avvenuta, o *pattuita a termine certo*, prima che il giudizio od altra autorità ne abbia avuta notizia — A.).

8 *Proc. pen. ted.*, § 77.

ristretto che pel civile; infatti non si potrebbe ammettere il giuramento, perchè riposa sul principio della acquiescenza (*); e molte legislazioni non sanno indursi nemmeno a concedere che si proferiscano sentenze di condanna sopra meri indizj, essendovi ancora chi pensa non potersi, giusta i principj generali, cogli indizj formare certezza.

2.° Ma anche quei medesimi mezzi di prova [9], che valgono così nel processo civile come nel penale, p. e. la confessione, sono poi regolati da un principio diverso. Il processo civile si accontenta di qualunque confessione giudiziale fatta da una parte, poichè dipende da lei se voglia o no rinunziare a' suoi diritti; ma nel penale la sola confessione non basta ancora. Così, a modo d'esempio, se taluno si presentasse spontaneamente in giudizio e si accusasse da sè stesso d'un delitto, il giudice penale non potrebbe ancora avere la certezza necessaria per applicare una pena; ma dovrebbe instituire, anzi tutto, un accurato esame e intorno ai motivi che hanno spinto il confitente, e intorno a tutto il suo contegno; cercando se vi sia un accordo tra tutte le circostanze accessorie della confessione e le altre prove che si hanno nel processo; e se la confessione stessa, finalmente, sia verosimile in guisa da doversi concludere, che il delitto non possa essere stato commesso da altri che da lui.

3.° L'acquiescenza dello stesso imputato è dunque inconcludente nel processo penale. Così, mentre nel civile le parti possono rimettere al testimonio il giuramento che dovrebbe prestare; mentre un testimonio sospetto diventa irrefragabile, se la parte contro cui fu proposto non fa eccezioni sulla sua credibilità (**); per l'opposto nel penale, se anche l'imputato non facesse eccezioni contro ciò che si scosta dalla legge, e dichiarasse per esempio, di am-

(*) Qui s' intende il giuramento dell' imputato. Se la parte offesa e la società si accontentassero del giuramento di lui, per prova della sua innocenza, verrebbero ad abbandonare il loro diritto alla coscienza e religiosità dell'imputato, il cui interesse è di giurare in proprio favore. Di qui le censure contro il giuramento *purgatorio*, di cui l'Autore parla in ispecie nell'ultima parte dell'opera. V. Reg. austr., § 152 *a*) — A.

9 Le ragioni di questa regola verranno sviluppate più avanti, quando si terrà parola di ogni singolo mezzo di prova.

(**) Ecco perchè non è possibile di estendere al processo civile il principio d'investigazione d'ufficio, giacchè le indagini del giudice potrebbero essere in contraddizione colla volontà delle parti, ossia colla facoltà loro spettante di rinunziare, volendo, anche alla verificazione dei fatti. Vedansi intorno a ciò le osservazioni del ch. prof. Gennari, *Corso di Proc. giud. civ.* Pavia, 1844; vol. II, pag. 13 e segg. — A.

mettere come valida una testimonianza non giurata, od una ispezione oculare illegalmente assunta, questa sua acquiescenza non potrebbe avere alcuna efficacia [10]; essendochè nel processo penale si tratta anzi tutto dell'interesse eminente della giustizia.

4.° Dalla regola testè spiegata consegue inoltre, non potersi applicar al processo penale nessuna di quelle prescrizioni, che nel civile scaturiscono dal principio della acquiescenza. Non v'hanno adunque termini perentorj [11]: la scoperta della verità, non può infatti essere limitata da alcun termine, e perciò non si può imporne alcuno all'imputato od al suo difensore, per produrre le loro prove a difesa (*); nè il processo penale può ammettere la massima della cosa giudicata, nel senso del civile [12]. La regola suesposta al N.° 3 spiega poi il motivo pel quale nel processo penale non si possono infliggere pene di disobbedienza, quali le riconosce il civile; così il contumace, o chi si rifiuta di rispondere, non può essere eccitato [13] a dichiararsi entro un dato termine, colla minaccia d'essere considerato confesso, perocchè, giusta le massime del processo penale, una confessione, anche espressa, non ha forza di piena prova, nè può bastare al giudice, se non sia accompagnata da certe condizioni,

10 *Proc. pen. ted.*, § 57.

11 Stübel, *Proc. crim.*, § 2376.

(*) Non si escludono però quei termini che non concernono la verificazione delle prove, p. e. quelli per la produzione di ricorsi, querele di nullità e simili, come vedonsi nelle varie legislazioni e nell'austriaca, § 5 — A.

12 Martin, *Jahrbücher der Gesetzgebung in Sachsen* (Annuarj della legislazione di Sassonia) anno I, fascicolo I, n. 5.

13 Le prescrizioni che d'ordinario si trovano, anche nelle leggi nuove, intorno alla Procedura contro assenti, violano spesso i principj fondamentali del diritto. Vedi *Proc. pen. ted.*, § 203 al 205 (**).

(**) Da questa giusta idea furono mossi i compilatori del nuovo regolamento austr. di Proc. pen.; poichè il § 482 del precedente codice 1803, prescrivendo di publicare un editto di citazione dell'imputato assente, che non fosse comparso, in seguito a un primo editto, stabiliva dovere quel secondo editto contenere la clausola, che, non presentandosi entro sessanta giorni, il citato verrebbe considerato *confesso* dell'imputatogli delitto. Invece nel nuovo Regol. questa comminatoria è abolita; e nell'editto di citazione (che si fa una volta sola e non due) si deve esprimere soltanto l'avvertimento, che, non presentandosi il citato entro il termine stabilito (non minore di tre mesi) *si procederà e deciderà in sua assenza* (§ 586). Siccome poi il processo si fa colle norme generali, coll'intervento di un difensore, e con regolare discussione delle prove in un dibattimento orale (§ 391), così vedesi quale e quanto progresso ha fatto il nuovo Regol., a paragone della legislazione anteriore — A.

e non si accordi con tutte le altre circostanze raccolte nel processo.

CAPITOLO VI.

Della prova in generale; in particolare poi della prova nel processo penale.

Qualunque volta si devono proferire sanzioni penali contro taluno, che apparisce autore di un fatto determinato, la decisione dipende dalla certezza di questi fatti, e dalla convinzione che il giudice si è formata. Questa certezza si ottiene colla *prova;* laonde la prova consiste nel complesso di quei motivi che producono la certezza [1]. L'operazione intellettuale che fa il giudice nel valutare le prove, è uguale a quella che fa ogni uomo anche nella vita comune, quando cerca di convincersi della verità di certi fatti. Così, prima di entrare in rapporti d'affari con altre persone, noi vogliamo proferire il nostro giudizio sul grado di certezza od almeno di verosimiglianza dell'esito di questi affari; perocchè su questa base noi fondiamo le nostre speculazioni; e la cautela istessa con cui ci mettiamo a un'impresa, e cerchiamo il maggior grado di probabilità della sua riescita, è pari alla importanza dell' affare a cui dobbiamo deciderci. In questa indagine della verità lo spirito umano agisce, vorremmo quasi dire, come una bilancia; lo mettono in movimento gli avvenimenti esterni, cioè l'impressione che fanno su di esso le cose che accadono al di fuori. Ciascuno poi possiede le facoltà necessarie per dare ai fatti il giusto valore. Quell'impulso che le prove danno al nostro spirito, e per effetto del quale (per ritornare alla similitudine) l'indice dell'intelletto oscilla sulla scala della coscienza, se è lieve, segna il sospetto o la presunzione che sorge in noi; se è vibrato, lo fa balzare d'un tratto all'estremità della scala, e ve lo tiene immobile; segno di certezza.

La prova nasce da un fatto che è fuori dell'animo di chi giudica; ma il suo effetto è nella connessione, che l'animo rinviene tra questo fatto e quello che deve essere prova-

1 Sui diversi concetti della prova vedi Martin e Walch, *Magazin für den Process* (Archivio di procedura) vol. I, pag. 65 — Weber, *Verbindl. zur Beweisführung* (Regole sulle prove) § 2 — Gensler, nell'*Archiv. für Civil-praxis* (Archivio per la pratica civ.), vol. I, pag. 26.

to [2]. Così quando vediamo un uomo che per giustificarsi da una imputazione, ricorre in strana guisa ad un contegno ben diverso da quello dell'uomo innocente, noi proviamo un sentimento che ci fa collegare un tal contegno colla coscienza della colpa, per modo che siamo tratti a credere che colui abbia realmente commesso quel delitto, di cui appunto voleva giustificarsi (*). La stessa operazione dello spirito interviene quando un testimonio ci assicura d'aver veduto in qual maniera l'accusato ha commesso il delitto; poichè anche qui ci sentiamo condotti a credere che sia vero ciò che afferma un uomo degno di fede. E siccome ogni prova, ossia ogni fatto da cui deduciamo una prova, pone in moto la bilancia del nostro spirito, così spiegasi anche come abbia tanto peso, nella valutazione delle prove, la disposizione individuale di chi giudica. Da una parte si ponga un uomo di viva immaginazione; dall'altra uno abituato a pesare ogni cosa con freddo raziocinio; non v'ha dubbio che avremo risultamenti affatto diversi. Il primo si fida facilmente delle apparenze, e con vivace associazione d'idee collega i fatti che ha sott'occhio con una serie di altri che egli suppone; il secondo, per l'opposto, va esaminando peritosamente i nudi fatti, separati gli uni dagli altri, e ben poco si lascia muovere dalle impressioni che riceve. Similmente una vasta esperienza in certi oggetti, e l'esercizio abituale di giudicare, fanno sì che uno si convinca più facilmente che un altro. Così colui che ha già veduti alcuni esempj di false deposizioni di correi, o che si è esercitato a indagare tutti i possibili aspetti, che giovano a mettere in luce pienamente legale i fatti, riman freddo in cospetto di prove, che farebbero una viva impressione in persone meno esperimentate. Lo stesso dicasi di certe opinioni preconcette, le quali fan dare a molte circostanze un peso che non vi attribuirebbe un altro, libero da quei pregiudizj. Quante volte, per esempio, non s'è udito nei dibattimenti criminali, far gran caso delle menzogne e delle contraddizioni in cui l'accusato è caduto? Ma da che siamo

2 Carmignani, *Teoria*, IV, p. 110. (Lib. iv, c. vii).

(*) Questa è la ragione veramente filosofica, per la quale il Reg. austr. ha stabilito nel § 281, che quando un accusato, per snervare un indizio legale elevatosi contro di lui, abbia addotte circostanze provate false, non sono più necessarj, a formare la prova legale di reità, tre indizj, ma bastano due (quando siavi del resto anche l'elemento del nesso, ossia del convincimento del giudice, secondo il N.° III del § 279) — A.

indotti a dare a piccole circostanze accessorie una spiegazione non giusta, se non dalla idea preconcetta che l'accusato sia colpevole, immaginandoci noi di possedere la chiave dell'animo suo?

Anche la momentanea disposizione di chi giudica concorre a fortificare l'impressione prodotta dai fatti su cui si fonda la prova. Questo accade principalmente nei processi politici. Il giudice apprensivo, che sogna rivoluzioni ad ogni istante, e crede minacciata la società perchè gli spiriti sono in straordinario fermento, vede malvagie intenzioni e pericoli per lo Stato in ogni parola e in ogni atto; laddove il giudice assennato, che ama la libertà e il movimento intellettuale, e che rispetta l'indipendenza delle opinioni, non si cura di pericoli ancor troppo lontani.

La diversità delle impressioni e del modo di sentire i fatti, suscita nell'animo del giudice una lotta di ragioni pro e contra una data sentenza; da questa lotta appunto sorge il convincimento. Le oscillazioni dello spirito umano, segnano infatti il rapporto che esiste tra le ragioni di credere e quelle di non credere; ora, se i motivi che stanno a favore prevalgano in modo da distruggere *qualunque* verosimiglianza del contrario, noi acquistiamo la certezza; se invece uguagliano i motivi contrarj, noi ci troviamo nello stato di dubbio.

La prova, mediante la quale ognuna delle due parti cerca di guadagnare, col peso delle sue ragioni, il convincimento del giudice a proprio favore, può ora considerarsi sotto varj aspetti:

1.° Se consideriamo la prova dal lato di colui che si sforza di persuadere un altro, per metterlo in istato di giudicare della verità di un fatto, è *subbiettiva;* e in questo caso la voce *prova* equivale a *provare*, cioè *somministrare la prova.* Così nel processo civile ognuna delle parti cerca di provare il proprio assunto; e così parimenti nel processo penale chi prova è l'accusatore, e nell'inquisitorio l'inquirente; il quale anzi investiga le prove nell'interesse della verità, e raccoglie tutte quelle che concernono tanto l'essenza di fatto (*), quanto l'autore e la sua imputabilità, e che servono a porre il giudice in grado di proferire una fondata sentenza intorno alla reità dell'accusato.

(*) Comunemente dicesi *fatto in genere*, o *l'ingenere*, e da taluni *corpo del delitto, corpus delicti* — A.

2.° Se poi consideriamo la prova dal lato di coloro al convincimento dei quali è diretta, equivale a certezza, ed ha il significato *obbiettivo* di un complesso di ragioni sufficienti per fondare un giudizio sulla certezza dei fatti.

Qnando si dice prova riuscita a metà, o prova semipiena, si parla della prova nel senso di chi la adduce, cioè nel senso *subbiettivo;* quando invece si dice che l'accusato dev'essere sciolto dall'accusa per insufficienza di prove, si parla della prova nel senso di chi giudica, cioè nell'*obbiettivo*.

Per quel che riguarda il processo penale, la prova offre le seguenti proprietà [3]:

1.° Qui si tratta della certezza di fatti passati e che non si possono più presentare all'esame del giudice nel modo genuino e sensibile in cui avvennero; ma trattasi di dedurre dagli effetti, dagli indizj, dalle tracce di un fatto, l'esistenza del fatto medesimo. Anche nei così detti delitti *facti permanentis*, p. e. nell'omicidio, l'ispezione oculare stabilisce soltanto che vi è un cadavere; ma il fatto in sè stesso, che costituisce il crimine di omicidio, non può più riprodursi dinanzi al giudice. L'ispezione oculare adunque non altro somministra, che gli elementi da cui poter *argomentare* intorno al rapporto che avvi tra certi fenomeni osservati e la morte avvenuta. Tutti quei mezzi, insomma, coi quali lo storico si convince della verità dei fatti seguiti, son quelli coi quali il giudice si assicura dell'esistenza e dell'indole di un reato commesso.

2.° Il giudice ha da combattere, nel processo penale, contro difficoltà molto maggiori che nel processo civile. Infatti nel processo civile ciascheduna parte cerca di presentare la prova di quel fatto, da cui sorge un dato rapporto giuridico, p. e. un contratto; e a questo scopo adduce testimonj, in prova di ciò che l'altro contraente aveva promesso, o fa erigere documenti che provano le convenzioni tra di loro stipulate; colui, al contrario, che ha commesso un delitto, s'adopera maliziosamente a renderne impossibile qualunque prova, ed a disperdere le tracce che potrebbero guidare a scoprirlo; e cercando a bella posta

3 Intorno al concetto della prova nel processo penale vedi Rolin *De probat. delictorum*, p. 34 — Stübel, *vom Thatbestande* (Della essenza di fatto), p. 284 — Tittmann, *Handbuch des peinl. R.* (Manuale del diritto penale), § 858 — Mittermaier, *Proc. pen. ted.*, § 81 e § 150.

le tenebre, rimuove ogni testimonianza che potrebbe stare contro di lui (*).

3.° La decisione nel processo civile si riferisce soltanto alla esistenza di certi fatti che cadono sotto i sensi, e che facilmente si possono dimostrare con testimonj; ma nel processo penale essa dipende da molti rapporti, che non potrebbero formare oggetto di indagini materiali, perchè appartengono alla quistione morale. L'imputabilità dell'accusato, lo stato del suo animo nel momento del delitto, la lucidità della sua mente, la prava intenzione e il grado di questa, tali sono gli oggetti sui quali dee versare la prova; ma qui non potrebbero valere quei mezzi ordinarj che servono a provare i fatti materiali; che anzi in tutti questi oggetti la certezza non può ottenersi, se non per via di argomentazioni dal noto all'ignoto.

4.° Un'altra proprietà particolare è poi questa, che nel processo penale uno dei precipui scopi dell'inquirente è di condurre l'imputato stesso a fare una compiuta esposizione della verità. Presupposto che sia rimosso ogni dubbio sulla credibilità della confessione, questa offre, per fer-

(*) Di qui la convenienza od anche la necessità della custodia preventiva o dell'arresto inquisizionale; e i pericoli del sistema di assegnare un difensore all'imputato fin dal principio del processo. Fra le varie obbiezioni che si possono fare a questo sistema, le seguenti ci parrebbero le più fondate. 1° Il difensore, per quanto onesto ed avveduto, potrebbe facilmente essere circuito e ingannato dall'imputato e da' suoi attinenti; la sua buona fede potrebbe facilmente venir sorpresa, ed egli si troverebbe, anche senza volerlo, impegnato a proporre al giudice ed a sostenere ciò che la sua coscienza non vorrebbe certamente approvare. 2° Nell'indagine dei mezzi di difesa egli non sarebbe vincolato a nessuna formalità, come invece, per una necessaria guarentigia, lo è il giudice inquirente. Un testimonio sorpreso segretamente con domande suggestive, si troverebbe poi costretto (per evitare il dubbio di mendacio) a confermare dinanzi al giudice le cose manifestate, o piuttosto sfuggitegli, col difensore; e tale sua deposizione non avrebbe al certo il carattere della spontaneità. Il giudice insomma, obbligato ad osservare scrupolosamente le forme stabilite dalla legge, si troverebbe a peggior condizione del difensore, che avrebbe tutta la libertà di accedere sui luoghi dei fatti e nelle case dei testimonj, rintracciando le prove favorevoli e assicurandosene il buon esito; laonde dovrebbe parer strano, in ultima analisi, che per applicare la legge si fossero create tante difficoltà e condizioni, e per sottrarsene si avesse ogni libertà e ogni strada aperta. Nell'attuazione pratica poi sorgerebbe senza dubbio un grave ostacolo in ciò che siccome in un gran numero di processi l'autore resta ignoto, o si dovrebbe deputare il difensore anche all'ignoto, e allora non si troveranno difensori che bastino alle migliaja di processi; oppure si dovrebbe prescindere in questi casi dalla nomina del difensore, e allora, dato che in seguito si scopra il colpevole, questi sarebbe stato privo di quel beneficio che si sarebbe accordato agli altri. — Vedasi anche la nota (*) a pag. 40 — A.

mo, tal guarentigia pel convincimento del giudice, da non essere facilmente conseguibile in altro modo; chiaro essendo che quegli che ha commesso il fatto, quanto maggiori spiegazioni somministra sull'intimo nesso di tutte le circostanze, tanto più parla contro il proprio interesse; giacchè dà la chiave per spiegare le sue azioni e per conoscere lo stato dell'animo suo; e appiana al giudice la via di valutare le altre deposizioni raccolte in processo, p. e., quelle dei testimonj e dei periti.

CAPITOLO VII.

Verità, Certezza, Convincimento.

La prova tende a stabilire una verità, e a convincerne i giudici, procurando loro una piena certezza. Egli è pertanto necessario, per addentrarci a investigare l'essenza della prova, che sviluppiamo i concetti di *verità, convincimento* e *certezza*.

Diciamo *verità* [1] la concordanza tra l'idea di una cosa e quello ch'essa effettivamente è. Rappresentiamoci alla mente uno che cerca di convincersi della verità di qualche cosa; noi diremo che l'avrà raggiunta, quando troveremo che il suo convincimento è in concordanza colla realtà. Non vogliamo ora esaminare se l'intelletto umano possa scoprire la *verità* propriamente detta, cioè la *realtà assoluta* delle cose, ovvero se debba contentarsi pur sempre di una semplice apparenza [2]; e nemmeno ci occuperemo delle tante distinzioni della verità, che furono fatte [3].

1 Krug, *Von der Ueberzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Graden;* (Del convincimento secondo i suoi differenti modi e gradi), Jena 1797 — Stübel, *vom Thatbestande,*) Dell'essenza di fatto), § 166 e segg. — *Gutachten der preussischen Immediat-commission über das Geschwornengericht,* (Parere della commissione immediata di Prussia sul Giurì), sezione 1 — Grævell, *Prüfung des Gutachten,* (Esame del parere, ecc.), II p. 117 — Weber, nel nuovo Archivio del Dir. Crim., vol. VIII, p. 562 — Weiland, *Bydragen tot de wetenschap der Strafregsts plegins* (olandese), (Saggi sulla natura della giustizia criminale), Delft 1826, p. 34. Vedansi anche alcune memorie nel giornale di Hitzig di giurisprudenza criminale prussiana, fascic. 17, pag. 150, fascic. 19, pag. 131, e fascic. 42, pag. 259.

2 I glossatori ragionarono già in simil guisa, come i nostri filosofi, allorquando, p. e., nella Glossa alla Nov. 73, cap. I, domandavano: *quid est veritas? ipse Deus. Veritas vero humanitatis potest dici notitia certæ rei maxime per visum.*

3 Weber, nell'Arch. VIII, p. 563.

Ci asterremo parimenti dallo sviluppare il concetto della verità logica, la quale, secondo noi, esiste come contrapposto alla verità assoluta, allorquando l'idea che abbiamo di una cosa non contradice ad alcuna legge conosciuta; come avviene delle cose logicamente concepibili; e di quelle di cui si può raffigurarsi la possibilità. E ancor meno ci faremo a contendere sulla essenza della verità trascendentale, in cui il filosofo fa consistere la conoscenza del soprasensibile; imperocchè noi trattiamo soltanto d'una verità empirica, che si riferisce alle cose del mondo materiale, e che pure ci basta per dar norma alle nostre azioni; nè vogliamo presumere di trovare la verità matematica: ben sapendo che v'ha gran divario tra l'indagine della verità matematica e quella della verità storica [4], mentre la prima scaturisce da un concetto complessivo, quello di quantità.

Scopo dei nostri studi è dunque la verità storica [5]; a raggiunger la quale noi impieghiamo i nostri sforzi, qualora vogliamo convincerci della realtà di cose e di azioni, che avvennero nello spazio e nel tempo. Prendendo le mose da alcuni fatti particolari, realmente avvenuti, e collegandoli insieme con diligente esame, noi giungiamo a poter con fiducia proferire una sentenza sulla realtà e sull'indole degli altri fatti che ricerchiamo. E diciamo poi d'aver trovata la verità, quando riscontriamo che l'oggetto od il fatto trovato corrisponde pienamente coll'idea che ce ne eravamo formata. In questa operazione della mente è d'uopo che si verifichi un rapporto tra il soggetto che giudica e la cosa che è oggetto del giudizio, d'onde la quistione spesso agitata [6]: se la verità sia *subbiettiva* od *obbiettiva*.

Per quanto si sia disputato in varj modi sul significato di questa parola, *verità*, un punto importante è pur sempre questo: se la verità debba dirsi obbiettiva in modo da essere affatto indipendente dal soggetto che giudica, e se debba perciò riposare sopra tali fondamenti, da suscitare in ogni uomo, e persino contro volontà, la stessa

4 Weber, l. c., p. 569 — Jarke nel giornale di Hitzig, fascic. 19, p. 147. — Gmelin, *Die peinliche Rechtspflege*, (Giurisprudenza criminale), p. 142.

5 Stübel, *Essenza di fatto*, p. 181; *Proc. pen. ted.*, § 80.

6 Grævell, p. 116 — Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschwornengericht* (Considerazioni sul Giurì), p. 135 — Weiland, l. c., p. 70 — Jarke, Giorn. Hitzig, fascic. 19, pag. 99.

impressione, ossia la medesima idea; o piuttosto se debba dirsi subbiettiva, nel senso cioè che l'idea della verità dipenda unicamente dalla individualità di colui che la investiga, nel qual caso avrebbe valore di verità per ciascun uomo, soltanto ciò che *egli* tiene per vero. Posta in questi termini, la controversia è di grande rilievo per il legislatore, come avviamento a risolvere l'altra, non meno importante, se si possa formare una teoria legale di prove, e se poi s'abbia a dare la preferenza al Giurì od ai giudici permanenti giurisperiti.

E di fatto, se si vuole la verità obbiettiva nel significato detto di sopra, allora il legislatore deve erigere la sua teoria probatoria sopra tali fondamenti, da cui possa appunto dedursi una verità di questa natura; la qual teoria poi conduce necessariamente alla conseguenza di lasciare anche le quistioni di fatto alla decisione dei giudici permanenti. Anche nella vita comune noi ci accorgiamo che il vero esercita, a poco a poco, una influenza sullo spirito di chiunque; ond'è che chi non voglia rifiutare a bella posta il proprio convincimento, o non sia privo affatto della ragione, dee di necessità riconoscere la verità di certe cose, quali sono, p. e. quelle vedute coi proprj occhi in una ispezione giudiziale. E fu spesso notato che nei tribunali criminali, (composti, qui in Germania, di sei giudici) accade frequentemente che certe prove facciano su *tutti* i giudici una impressione così viva, da essere eglino tratti a proclamare, tutti *ad una voce,* la reità dell'accusato. In simil guisa noi ci sentiamo indotti a credere a ciò che due uomini degni di fede asseriscono di aver veduto o sentito.

La verità adunque possiede una forza che agisce necessariamente su *tutti* gli uomini; e v'hanno poi de' modi di manifestarla i quali hanno su ciascheduno una forza uguale, e strappano l'irresistibile convincimento che un certo fatto sia vero. In questi casi chi si sente convinto è ben anco in grado di spiegarne i motivi; e, cosa notevole, questi motivi sono i medesimi in tutti.

Tutto questo dimostra che esiste una necessaria connessione tra il soggetto che giudica e l'oggetto; d'onde una certa sicurezza che l'idea concepita dal giudice corrisponda all'oggetto che si cerca. Il convincimento della verità sembra pertanto che nasca senza il concorso della volontà di chi giudica, e diremmo quasi a suo malgrado; sotto il qual punto di vista la verità può dirsi al certo obbiettiva. Sa-

rebbe per altro un disconoscere la vera natura della cosa, e vivere nell'illusione [7], se si dimenticasse che chiunque, s'accinge a dar giudizio sulla verità di un fatto, è pur sempre guidato anche dalla propria individualità. A lui spetta di esaminare le singole circostanze sulle quali si fonda la prova, collegarle insieme, trarne le conclusioni, e, dopo avere posti a confronto i motivi favorevoli coi contrarii, formulare qual sia il risultato dell'intera operazione dello spirito. Ma in tutte le nostre azioni, predomina generalmente la nostra indole individuale; laonde è ben naturale che ne portino l'impronta anche i nostri giudizj. Chi crederà ora che ciò avvenga in minor grado, allorchè cerchiamo di procurarci la convinzione della verità di certi fatti? Non neghiamo che certe strade conducono con sicurezza a raggiungere la verità; concediamo che in certi rari casi (e che siano rari lo attesterà chiunque sedè lungo tempo nei tribunali) le prove son tanto poderose, che qualunque giudice si convincerebbe egualmente della verità; ma è tuttavia l'individualità di chi giudica, quella che determina la decisione. E persino in quei casi eccezionali, in cui la convinzione sorge uguale in ognuno (quando p. e. due testimonj fanno una identica deposizione), v'è sempre qualche diversità nei motivi: il giudice A è condotto a dare il suo voto dalla persuasione che l'uomo onesto, qual è uno dei testimonj, non può aver giurato il falso; il giudice B dall'avere l'altro fatta una circostanziata esposizione dei fatti e degli argomenti; il terzo dalla considerazione, che una così minuta coincidenza tra le deposizioni dei due testimonj, non può basar che sul vero; ed il quarto, finalmente, dalla ragione, che le circostanze addotte dai testimonj, concordano perfettamente con tutte le altre, raccolte nel processo. È dunque veramente diversa per cadauno la causa che lo determina ad ammettere la verità della colpa. Se poi si potesse tener dietro al processo psicologico, che succede nell'animo d'ognuno dei giudici, quando si tratta di decidere secondo prove artificiali (indizj), sarebbe agevole il persuadersi, come, in ognuno di loro, il convincimento sia prodotto da una diversa concatenazione di cause.

Colui che conosce per lunga esperienza la tristizia degli uomini, la leggerezza con cui molti giurano, e la faci-

7 *Gutachten der preuss. Justizcommission über das Geschwornenger.* (Parere della commiss. giudiz. pruss. intorno al Giurì), p. 1-17.

lità colla quale, dopo un certo lasso di tempo, il vero si confonde, nella mente umana, coll'immaginario; colui che si è abituato a esaminar tutto con rigoroso esame, non si lascierà sì facilmente trascinare a proferir un giudizio, a cui un altro, meno esperto e meno conoscitore degli uomini, sarà più corrivo. Il numero dei così detti testimonj classici è scarso; nel più dei casi si elevano tali dubbj e sospetti contro i testimonj, da dover poi il giudice esaminare, se e quanta fede si possa attribuire alle loro deposizioni. Quali delicate quistioni non si sollevano talora, nel decidere questi dubbj! In un caso avvenuto una giovane depose *in favore* dell'amante, *contro* il proprio fratello. Or come potrà il giudice definire in astratto se nel cuore prevalga l'amore verso il fratello, o quello verso l'amante, se non prendendo norma da sè stesso e da'suoi rapporti personali? E il suo giudizio non sarà, in tal caso, subbiettivo?

Dalle considerazioni premesse si può, a buon diritto, ricavar il principio, esservi certe leggi e certe strade, approvate dalla ragione e riconosciute dall'esperienza, che sono le più sicure onde scoprir la verità; e che la verità poi, una volta accertata, s'appoggia su tali motivi che fanno una necessaria impressione su ogni giudice; senza escludere per questo che a formare il giudizio circa la verità dei fatti influiscono altresì alcune qualità individuali del giudice, per le quali il suo giudizio apparisce subbiettivo.

La verità, e le ragioni dalle quali si deduce, danno (come si è osservato nel Cap. VI) un impulso alla bilancia dello spirito umano, e lo collocano in una situazione determinata. Da quello stato in cui noi, mossi da un sentimento di sicurezza, simile a quella che nasce per una dimostrazione matematica, diciamo d'aver raggiunta la massima evidenza e l'assoluta certezza, sino allo stato nel quale appena appena oscilla il nostro giudizio e proviamo un mero dubbio, od un sospetto, v'hanno innumerevoli gradazioni. Fra queste, merita speciale considerazione quello stato, nel quale noi *reputiam vera* una cosa, senz'essere ben conscii del perchè, od anche senza averne sufficienti motivi. E così avviene non di rado che anche il giudice senta bensì il convincimento subbiettivo che l'accusato è reo, e ritenga vera l'accusa, ma non sappia poi dichiararne soddisfacenti ragioni. Egli è in tal guisa che nei publici dibattimenti gli uditori si manifestano spesso convinti della

colpa d'un accusato, mentre che, analizzando più da vicino la cosa, anche taluni dei così detti *intimamente persuasi* sono poi costretti ad ammettere, l'uno, che per verità non saprebbe addurre i motivi della sua opinione, ma che segue soltanto un sentimento indeterminato: l'altro, che lo strano contegno dell'accusato è quello che lo persuade: ed un terzo, che è indotto dalla pessima vita di lui, a crederlo capacissimo d'aver commesso il reato (*). Questa vaga persuasione, tanto più facile ad illudere, perchè sorge da un moto repentino dell'animo, o dalla convinzione altrui, senza fondarsi su alcun motivo accertato, non basta nemmeno nella vita ordinaria, nè può essere guida nelle azioni di chi suol procedere colla debita ponderazione. Tanto meno poi può essere sufficiente pel giudice, qualora voglia valersene per decidere sulle pretese delle parti, od anche sulla reità d'un accusato: quando, cioè, i beni più importanti d'un cittadino, e i suoi più sacri diritti, potrebbero per avventura venir sacrificati ad un'illusione, da cui il giudice fosse dominato. Quella sola condizione d'animo, che sorge quando v'hanno argomenti efficaci, di cui il giudice sa rendersi conto, quella sola può soddisfarci, diffondendo ad un tempo tra i cittadini la fiducia, che le sentenze proferite siano giuste.

Or quando noi teniamo per vera una cosa, in forza di motivi pienamente soddisfacenti, e di cui abbiam la coscienza, ci troviamo in quello stato d'animo che si dice *convinzione* (*convincimento, persuasione*) 8 (**).

(*) Dove è in vigore un sistema legale di prove, senza il concorso delle quali non è permesso al giudice di proferir la condanna, come avviene per il Reg. austr., è ancor più frequente il caso che il publico sia convinto della reità dell'accusato, ma il tribunale debba scioglierlo dall'accusa per insufficienza di prove. Il qual contrasto tra il giudizio del publico e quello dei giudici, è per altro di niun conto, a fronte di quello che avrebbe luogo talora, se, essendo lecito di condannare per intimo convincimento, i giudici dichiarassero reo taluno che il publico riconoscesse innocente. Ecco perchè anche coloro che si dicono persuasi della reità, senza saperne addurre i motivi, sogliono poi aggiungere che *come giudici* non darebbero il voto della condanna — A.

8 Circa il vero significato di questa parola, molto e in diversi modi dissero gli scrittori. Vedi p. e. Weber, Arch. del Dir. Crim. VIII, p. 567. — Jarke, Giorn. d'Hitzig, fasc. 19, p. 133. — Heinroth, ivi, fasc. 42, p. 241.

(**) Coloro che definiscono la convinzione *una ferma credenza*, non fanno che sostituire un nome ad un altro, ma non danno una analisi degli elementi che compongono questo stato dell'animo. La *persuasione*, di cui l'Autore ha esposto ora la genesi con tanto acume e con profonda verità, è quella persuasione *razionale* che sorge dall'attenta ponderazione dei motivi che stanno per una parte e per l'altra. Di tal'indole è il con-

Si è già detto più volte che nel nostro animo, prima che giunga ad un sicuro risultato, cioè ad un giudizio certo intorno all'esistenza della verità, ha luogo un conflitto di contrarie forze. Ora esse sogliono presentarsi in diverse proporzioni:

1.° Può darsi che i motivi da cui ci sentiamo indotti ad ammettere per vero un fatto, p. e. a credere che l'accusato sia l'autore del delitto, si palesino già di per sè insufficienti, anche prescindendo dai motivi che vi stanno contro, e solo per mancanza delle condizioni richieste (per esempio, se vi fosse un testimonio unico, o se l'incolpato avesse ritrattata la confessione, o avesse sofferta un'illegale coazione durante il processo);

2.° Può darsi, all'opposto, che i motivi da cui siamo indotti a creder vera la reità, siano già per sè stessi così gravi, così intimamente concordi, e muniti delle condizioni richieste, da scaturirne senz'altro la convinzione.

Ma a questi motivi, può avvenire che se ne contrappongano altri, capaci di gettare il dubbio nell'animo nostro:

a) Talora, infatti, ve n'ha che stabiliscono positivamente il contrario di quanto il convincimento teneva per vero, come quando, alle deposizioni di due classici testimonj s'oppone quella d'un terzo, che indica come autore del fatto una persona diversa dall'accusato.

b) Talora la procedura istessa viene a somministrare le prove contrarie, che dimostrano, cioè, l'impossibilità d'ammettere per vera una data circostanza: p. e. quando due testimonj assicurano, che nel giorno del fatto l'accusato trovavasi in un luogo assai lontano da quello ove fu commesso (*).

c) Può anche accadere che dagli atti sorgano delle

vincimento che deve avere il giudice, secondo il letterale tenore dei §§ 260 e 279, N.° 5, del Reg. di P. P. Austr. per poter proferire una sentenza di condanna; e l'obbligo poi di esprimere, nei motivi della sentenza, gli argomenti pei quali il giudice ha, o non ha, *potuto persuadersi della certezza di una circostanza di fatto, o specialmente della reità dell'accusato,* assicura che il giudice, in Austria, non può mai, e per nessun titolo, seguire quel vago sentimento, che può spesso cambiarsi in una funesta illusione — A.

(*) Così detta prova dell'*alibi;* la quale ben serve a dimostrare che l'imputato non fu l'autore *materiale,* ma nulla può giovargli quando l'accusa sia di correità intellettuale, a meno che egli dimostri ben anche che non era nemmeno in quel luogo, dove avrebbe, secondo l'accusa, commesso quel fatto, che costituisce la correità p. e. consigliato o comandato il delitto — A.

ragioni che rendano meramente *improbabile* il fatto asserito; quando, p. e., colui che è accusato d'omicidio aveva all'incontro il massimo interesse che l'ucciso restasse in vita, perchè era l'unico suo benefattore, ed egli non poteva trarre dalla sua morte alcun profitto.

d) Oppure motivi contrarj accennano ad una contraria *possibilità,* e non altro: possibilità nondimeno, che, per le circostanze speciali del caso, non sarebbe straordinaria, nè difficile a concepirsi. Così, se i testimonj asseriscono d'avere, sul far della sera, veduto l'accusato a commettere il fatto, e questi lo nega asseverantemente; può darsi benissimo, che essi siansi ingannati, a quell' incerta luce del crepuscolo.

e) Finalmente può accadere che le ragioni contrarie non abbiano in proprio favore, se non questo: d'essere *supponibili;* ma i fatti poi che accennano, sarebbero *straordinarj;* a cagion d'esempio anche quando due testimonj depongono contro un accusato, è pur sempre immaginabile che siansi collegati, per spirito d'odio, contro di lui, ed abbiano concertate le loro deposizioni, per rovinarlo con una falsa accusa.

Allorquando taluno tiene per vera una cosa, in forza di un complesso di motivi che *escludono* ogni ammissibilità del contrario, egli prova quel grado di convinzione che dicesi *certezza* [9]. Di questa certezza noi dobbiamo accontentarci nel regolare le nostre azioni; cosa ben ragionevole, essendo l'unico stato, a cui, nelle indagini della verità istorica, l'uomo può sperar di arrivare.

Questa certezza [10] richiede necessariamente [11]:

1.° Un complesso di motivi, riconosciuti dalla ragione e dall'esperienza, come atti a produrre la convinzione della verità.

2.° Una intensa, solerte e coscienziosa indagine di tutte quelle ragioni, che potrebbero stare in favore del contrario. Colui che s'affatica dietro alla certezza, non chiude il proprio animo al dubbio, ma ne va anzi egli stesso in

9 Canz, *De probabil. juridica*, § 12 — Klein negli Annali, Tomo XXVI, pag. 43 — Rollin, *de delict.*, p. 32 — Tittmann, *Handbuch* (Manuale), § 825.

10 L'espressione inglese *evidence* significa *prova* e *certezza;* vegg. intorno a ciò Bentham, *Rationale of judicial evidence* (Principj, ecc.), vol. 1, pag. 17-24.

11 Weber, nell'Arch. VIII, pag. 573. — Jarke, nel giornale di Hitzig, fasc. 19, pag. 155.

cerca, e non si lascia convincere dal peso degli argomenti favorevoli, se non allorquando ogni argomento di dubbio sia rimosso. Ecco per qual motivo il processo inquisitorio, ben compreso, ha qualcosa di altamente stimabile: perchè assicura perfino gl'interessi dell'accusato, dovendo il giudice inquirente seguire, con imparziale sollecitudine, ogni traccia, da cui possa ripromettersi qualche risultamento in favore di lui. A ciò può servire qualunque, anche minima, notizia, p. e. che uno dei testimonj contrarj all'inquisito non sia di buona condotta, nè molto meritevole di fede, o che gli porti inimicizia.

3.° Questa certezza solamente allora è stabilita, quando sono rimossi tutti i motivi che erano sôrti nel processo, e in forza dei quali od era positivamente dimostrato il contrario, od anche soltanto era reso impossibile di ammettere come verosimile il fatto. Così, nessun giudice oserebbe di pronunziare una condanna, benchè due testimonj affermassero che l'accusato fu l'autore del fatto, qualora un terzo attestasse di averlo veduto in tutt'altro luogo, che in quello del delitto, nel tempo in cui fu commesso.

4.° Ma uno spirito veramente indagatore, prima d'avventurarsi ad ammettere la certezza, cerca d'eliminare persino quei motivi, che accennano ad una mera possibilità del contrario. Così, a modo d'esempio, il coscienzioso inquirente va ad esaminare coi proprj occhi, se i testimonj, nel luogo dove trovavansi, e nel tempo da loro indicato, potessero riconoscere con sicurezza l'autore del delitto; e se gli sorge un dubbio qualunque, non osa più parlar di certezza.

5.° Anche al cospetto di argomenti, che, sebbene *straordinarj*, sono però supponibili, lo spirito che vuole la certezza, non s'arresta inoperoso; ma, se appena il caso concreto offre una traccia, anche lievissima, della possibilità, o meglio, di una, benchè lontana, verosimiglianza, si fa tosto a esaminarla; e con raddoppiata cautela vien, per esempio, investigando se quel testimonio che depose contro l'imputato, fosse per avventura in inimicizia con lui. Con tutto ciò l'uomo sincero confessa francamente, che la certezza di cui si appaga non è scevra d'umana imperfezione, e che resta tuttavia supponibile il contrario di quanto egli ritiene verità [12]. Anzi lo scettico può, con ardita fantasia

12 STÜBEL, *Della essenza di fatto*, § 167.

immaginare mille dubbj nel campo inesauribile delle possibilità, e ideare per ciascun caso una straordinaria combinazione di circostanze, che distrugga tutto quanto fu tenuto per vero. Ma quella *straordinaria* ipotesi non può togliere la tranquillante convinzione, che allo spirito ricercatore del vero debba bastare quella certezza che è dedotta da soddisfacenti motivi, quando, dietro un esame accuratissimo, svanirono perfino tutti gli argomenti d'una ordinaria possibilità opposta. E questa è la certezza, sulla quale i legislatori devono ingiungere ai giudici di sentenziare [13]. Se domandassero qualche cosa di più, pretenderebbero l'impossibile: imperocchè nelle cose per le quali si richiede una verità storica, non è dato mai di conseguire la certezza assoluta. I più scellerati malfattori impuniti: l'ordine sociale distrutto: queste sarebbero le conseguenze d'un sistema, in cui il legislatore ricusasse di ammettere la certezza, ogni volta che restasse tuttavia escogitabile il contrario.

Diverso dallo stato di *certezza*, è quello di *verosimiglianza* [14]; quello, cioè, in cui si ritiene bensì vera una cosa, per rilevanti motivi, ma non si escludono quelli che stanno in favore del contrario [15]. La verosimiglianza deriva: o dal non essere le prove accompagnate dalle volute condizioni [16], o dal contrasto di prove opposte, pur esse influenti [17], o dall'essere il nostro convincimento dedotto soltanto da elementi [18], la cui connessione non si presenta nella forza necessaria per stabilire la certezza; laonde non può mai bastare a far proferire una condanna, poichè una certa penosa dubbiezza sussiste ancora, fino a tanto che l'ipotesi contraria non sia del tutto esclusa. Tuttavia nel processo criminale la probabilità, o verosimiglianza [19],

13 L'ordinanza criminale pruss. dice al § 395: *Il giudice possiede una sufficiente certezza, quando vi sono motivi pienamente convincenti della verità del fatto, e quando, secondo il corso ordinario delle cose, non è immaginabile un valido argomento del contrario.* Anche il Reg. austr. si riferisce più volte *al corso ordinario e naturale delle cose*, come a tipo da aversi di mira dal giudice nelle quistioni di prova. Vedansi i §§ 157, 260, 268 e 279, N.° 3 — A.

14 *Probabile* dicevan gli antichi *quod quidem sui habet rationem, sed nondum omni ex parte sufficientem.*

15 Ordin. criminale pruss. § 396.

16 Se, p. e., un testimonio non avesse prestato il giuramento.

17 Se, p. e., alla deposizione di due testimoni s'oppone quella di un terzo.

18 P. e. da soli indizj.

19 Valch, *De verosimilitudine crim.* Jen., 1785 — Stübel, *Vom Thatbestande* (Della essenza di fatto), § 172.

serve utilmente di guida all'inquirente, e lo autorizza a passare a certe misure; perocchè, come già si è avuto occasione di notare, il processo inquisitorio va posato e cauto, e non arrischia un nuovo passo di rigore contro l'imputato, se non sia giustificato dall'esito delle operazioni processuali che precedettero [20]. Tale è, p. e., l'arresto dell'accusato, che non può ordinarsi se non quando vi sia già un forte sospetto: tale è la speciale inquisizione, a cui non si può sottoporlo, se la sussistenza del reato non sia sommamente verosimile, e se il sospetto contro di lui non sia pienamente giustificato. La *verosimiglianza* adunque è quanto basta al giudice perchè possa procedere a certe misure processuali, e sovente è la sola che si ottiene in tutto il corso del procedimento. Ma questa verosimiglianza ha pur essa delle gradazioni, secondo che siano più numerose e più importanti le ragioni di credere una cosa, o le contrarie. Quando, a modo d'esemplo, un testimonio e molti indizj si pronuncian contro un imputato, la verosimiglianza è più forte di quello che se il testimonio fosse isolato, o se vi fosse un unico indizio, p. e. il possesso di cose rubate.

Aggiunta inedita.

Molti studi furono fatti recentemente intorno alla dottrina della certezza ed al modo di ricercarla. Meritano attenzione i lavori seguenti: Savary, *Traité de la certitude*, Paris 1847 (memoria premiata) col rapporto sul quesito posto al concorso, e sull'opera stessa di Savary, inserito nei *Travaux de l'Academie des sciences morales et physiques*, Paris 1846 II, p. 5, 89, 217, 572, e 1847 I, p. 176 — Bonnier, *Traité des preuves*, p. 1-15; — Best, *Treatise of evidence* (Trattato della prova), pag. 4; — Helie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. V, p. 398; nelle quali opere si scorge che le indagini sulla essenza della verità hanno una manifesta connessione coll'indole degli studi filosofici.

Così pure, secondo il diverso modo di concepire l'azione del giudice, spiegasi come la nuova tendenza dei giureconsulti, di bandire ogni teoria legale di prove, conducesse a cercare un'altra via. Beccaria aveva già accennato

20 Carmignani, *Zeitschr. für ausl. Rechtsweiss.* (Giornale di legislaz straniera). Parte I, pag. 352.

nella sua opera *Dei Delitti e delle Pene*, ai §§ VII e VIII (*), che nei processi penali la certezza non può dipendere da regole scientifiche; e Filangieri nel lib. III, cap. 25 (**) della sua *Scienza della Legislazione* trovava anch'esso il fondamento della certezza nella coscienza del giudice; e quando furono instituiti i giurati in Francia si cercò di sviluppare queste idee, donde sorsero quelle di *preuve morale* e di *intime conviction*. Il dotto e sagace Helie nel suo *Traité*, vol. V, p. 420-426, pose pertanto il principio che la certezza sta nell'istinto dell'uomo di trovare la verità, e che il giudice arriva a conseguir la notizia del vero sol che tenga dietro a quell'istinto ed alla propria coscienza. Queste opinioni trovarono eco anche in Germania, massime colla instituzione del giurì: ma adesso va prevalendo sempre più l'idea che la certezza richiesta *per condannare* non si possa trarre da un indefinito sentimento od istinto del vero, ma piuttosto da una *operazione logica*, nella quale il giudice (e lo stesso dicasi del Giurì) esamina tutti i motivi che stanno pro e contra un fatto determinato, ma colla guida di certe regole stabilite dalla ragione e dall'esperienza. Per tal via egli non si chiama certo (e nelle cose penali, *certo* dei fatti imputati) se non quando non rimane più nessun dubbio ragionevole sulla reità.

Sotto tale aspetto si vien riconoscendo sempre più in Germania il merito del § 260 del Reg. di proc. pen. austr. (29 luglio 1853) che impone al giudice di condannare l'accusato come reo, allora soltanto che dall'attenta ponderazione di tutte le circostanze abbia ottenuto il convincimento della sua reità, e ad un tempo non gli resti più alcun dubbio in contrario (***). Svilupperemo maggiormente in altro

(*) Riferiamo la citazione quale la troviamo nel MS. del ch. Autore e che corrisponde alle edizioni più conosciute in commercio, nelle quali il § VII, ha per titolo *Indizj e forme di giudizj*, e l'VIII ha per titolo *Dei testimonj*. Ma nell'edizione di Torino 1853, formante parte della Biblioteca popolare, quei due §§ portano i numeri XIII e XIV — A.

(**) In alcune edizioni cap. XIII — A.

(***) Siccome questo § 260 dovrà essere esaminato ancora, ci par conveniente di riferirlo nel suo letterale tenore: « *Principio generale per* « *giudicare della forza legale delle prove.* Il giudizio sulla forza legale « delle prove sarà regolato dalle disposizioni contenute nei susseguenti « §§ 261-282 » (che noi riporteremo ai debiti luoghi); « ma nessun mezzo « di prova sarà considerato per sè solo, bensì ciascuno combinato con « tutte le risultanze dell'intiera inquisizione e del dibattimento. Tostochè « quindi rendasi dubbiosa nel suo complesso la imparzialità delle testi- « monianze a motivo di relazioni personali, o la credibilità di qualsivoglia

luogo il senso e l'importanza di questa disposizione. Vedasi KAERCHER *Die Straferkenntniss, eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre* (Delle sentenze nei processi penali; ovvero la prova in materia penale fondata sulla logica) Erlangen 1856. L'autore parla assai favorevolmente della teoria di prove del Regolamento austriaco.

CAPITOLO VIII.

Qual via debba tenere la legge nel cercare la prova.

Ogni legislazione [1] fa dipendere la decisione del processo penale da quella delle quistioni di fatto, la quale si presuppone che abbia il suo fondamento nella piena convinzione dei giudici sulla certezza di quei fatti, senza di cui non può sussistere una accusa. I legislatori pertanto cercano d'assicurarsi quanto più è possibile, che questo giudizio delle quistioni di fatto venga pronunciato colla massima circospezione, anzi soltanto in vista di una certezza; imperocchè l'efficacia della pena dipende dalla generale fiducia, che chi si condanna sia veramente colpevole.

Nel fissare le condizioni necessarie per ottenere la certezza il legislatore può partire dall'una o dall'altra di queste due massime fondamentali:

I.° Egli può considerare l'indagine della verità e la valutazione delle prove, come una specie d'istinto, innato in ogni uomo; donde è tratto a concludere che il giudizio intorno alla certezza debba posare, non tanto su motivi determinati, quanto sulla generale impressione che le prove

« prova per dati contrarj o per la sua inverosimiglianza, secondo il corso « naturale ed ordinario degli avvenimenti, la prova perde della sua forza, « ed essendo per tal modo indebolita, non può più risguardarsi come le« gale. Per conseguenza anche quando sussistano gli estremi di prova « annoverati nella presente legge rispetto alle singole specie, il giudice « non ha l'obbligo di condannare l'accusato come reo, quando dall'at« tenta ponderazione di tutte le circostanze non abbia ottenuto il convin« cimento della sua reità, ma gli rimangano ancora dubbj per motivi che « vi stanno contro, e che debbono indicarsi distintamente (§ 292 lett. g.). « In ciò per altro egli non può mettere a base supposizioni o dati, che « per espressa disposizione di legge è vietato di prendere in considera« zione (§§ 3 e 255 del codice penale), o che non si contengono nel pre« corso dibattimento ».

I testè citati §§ 3 e 255 dispongono che l'ignoranza della legge penale non può addursi a discolpa — A.

1 Che cosa debba fare un legislatore riguardo alla prova, vedi in BENTHAM, *Rationale* (Principj, ecc.), vol. I, p. 26.

fanno su una mente educata, la quale, perciò stesso, è meno in grado di rendere esatto conto della propria convinzione. E in questa ipotesi le guarentigie di una giusta decisione si devono cercare:

a) nel *numero* maggiore dei voti, richiesti per proferire una condanna;

b) nella *qualità* delle persone alle quali è affidato il diritto di giudicare: che, cioè, siano tali da curare con pari sollecitudine il supremo interesse dell'ordine sociale, e la sorte dell'accusato, loro concittadino; e

c) nella più ampia facoltà concessa all'accusato di ricusare i giudici (*).

II.° Oppure il legislatore considera l'indagine della verità come una operazione scientifica, da compiersi con certe regole determinate, e da potersi anzi dirigere mediante norme di legge; laonde, divenendo necessarie le cognizioni legali, quell'operazione può, meglio che a chiunque, esser commessa a coloro che vi sono più idonei per lungo esercizio, e per studi fatti nelle discipline giuridiche, poichè a loro può anche domandarsi stretto conto dei motivi che determinarono la loro convinzione.

La prima di queste opinioni conduce a preferire il Giurì; la seconda, a stabilire una teoria legale di prove, alla quale debbano essere vincolati i giudici giurisperiti. E questa fu anche l'idea dominante tra gli scrittori tedeschi, da quando il processo criminale cominciò ad essere trattato come scienza; essa fu che guidò i più recenti legislatori alemanni a far molteplici esperimenti: ma provocò altresì negli ultimi tempi una viva opposizione [2].

(*) Il diritto di *ricusa* di giudici e protocollisti è concesso anche dal reg. di proc. pen. austr. al Procuratore di Stato, all'imputato, al danneggiato e al querelante privato, qualora siano in grado di *addurre e dimostrare* l'esistenza di motivi (oltre quelli di *esclusione*, che è fondata in legge) atti *a porre in dubbio la piena imparzialità dell'impiegato che si vuol ricusare* (§ 56). Sull'ammissibilità della ricusa decide l'autorità immediatamente superiore all'impiegato od al giudizio ricusato; e contro la decisione può interporsi il ricorso, ma senza effetto sospensivo (§ 57).

Il rappresentante del Publico ministero poi non può essere ricusato, perchè la legge non ne fa parola; verosimilmente per la ragione che l'accusato e il suo difensore possono combattere le proposte della Procura di Stato, adducendo qualunque argomento che credano atto a convincere del contrario i giudici; proposte, d'altronde, che non sono obbligatorie pei giudici, i quali invece hanno soli il mandato di compilare il processo, e la facoltà di deciderlo — A.

2 *Besonderes Gutachten der preuss. Immediatcommission* (Parere speciale della commissione immediata prussiana) Parte I, e Meyer, *Esprit, origine, et progrès des institutions judiciaires*, vol. VI, pag. 565.

Ecco le principali obbiezioni che furono fatte al tentativo di stabilire una teoria legale di prove:

1.° È cosa assurda, dicono gli opponenti, legare a norme fisse l'esercizio d'una facoltà innata nell'uomo, qual'è quella di scoprire la verità: d'una facoltà di cui egli dee servirsi di continuo, perfino nella vita ordinaria; è cosa assurda imporre per tal modo al libero sviluppo di essa condizioni, che sono d'impedimento, e non altro, per un giudice accorto ed esperimentato, senz'essere poi di vantaggio per quello inesperto e tardo, che non diventa per questo più avveduto. Può bensì la *Scienza* dar dei precetti da valere nell'indagine della verità (benchè soltanto in via di consiglio, e a guisa di indirizzi generali, la cui applicazione al caso speciale debba poi dipendere dall'accorgimento e dal criterio del giudice); ma quanto alla *Legge*, è meglio che vi rinunzii, perchè in essa i precetti diventerebbero comandi; e tanto potrebbe una legge comandare il modo di convincersi, quanto dar norme sul modo di pensare.

2.° L'esperimento, soggiungono [3], di una legislazione fatta in tal senso, non può che fallire anch'esso. Invano si tenterebbe di raccogliere in un pajo di magre regole la molteplice forma dei casi, che si presentano nel campo inesauribile delle combinazioni; nè ad un prudente legislatore verrà certo in capo di stabilire, in via di regola, quali e quante prove debba richiedere il giudice per ogni caso possibile, quando non volesse comporre un codice con più migliaja di paragrafi per le sole prove. Or questo non essendo fattibile, ne verrebbe senz'altro che in un numero infinito di casi il giudice non troverebbe nella legge alcuna norma; sicchè dovrebbe assolvere. Tale sarebbe il caso se una *confessione stragiudiziale* s'accordasse colla deposizione di *quattro correi*, non interessati (*).

3 Contro la teoria legale di prove scrisse fortemente ZENTNER nell'opera: *Das Geschwornengericht mit OEffentlichkeit und Mündlichkeit* (Del Giurì nel processo publico ed orale) pag. 346.

(*) Pare che qui l'Autore alluda a qualche legislazione che abbia ammesse norme così ristrette di prova, che un caso come quello qui immaginato, sfugga all'applicazione della pena. Ma questo sconcio non accadrebbe secondo il Reg. austr. di proc. pen. Il § 140 contempla espressamente, come prove incomplete, al N.° 1 la confessione stragiudiziale, e al N.° 6 la deposizione di più correi. Ora a termini del § 281 *possono riguardarsi come sufficienti per la prova legale* a) *due delle specie incomplete di prova annoverate nel* § 140, *quando coincidano fra loro concordi.* S'intende da sè che non debbiano esservi argomenti o dati contrarj, che tolgano o scemino la credibilità delle prove; perchè allora il

3.° Una teoria legale di prove rende indispensabile di farne una enumerazione secondo le loro specie; ma con ciò poi è fatto ostacolo al giudice di dar valore a circostanze, che, essendo apparentemente insignificanti, non vennero nemmeno prese a calcolo dal legislatore, e che tuttavia producon sempre in ognuno una eguale, invincibile, impressione, ed anzi, essendo dedotte da una piena conoscenza degli uomini, producono la convinzione della reità. Eppure il giudice non può dichiararla, perchè in questo sistema non gli è permesso di seguire le alte leggi di natura, secondo le quali il convincimento s'impone da sè medesimo. Si avrebbe il caso se, p. e., un fanciullo di 9 anni, che fu presente ad un omicidio, ne designasse come autore Tizio; se Tizio stesso, nell'atto che il cadavere vien posto nel feretro, vinto dal rimorso si gettasse su di questo ed esclamasse, in presenza di *un* testimonio, d'essere stato l'autore del fatto; e se finalmente il cane dell'ucciso, che assistè alla morte del suo padrone, appena adocchiato Tizio, lo assalisse rabbiosamente e non volesse più abbandonarlo (*).

4.° Il legislatore si illude quando s'immagina che la convinzione ottenuta dal giudice, sia effetto soltanto della teoria legale della prova. Essa nasce piuttosto, in forza di ben altre leggi naturali, dalla cooperazione d'infinite ca-

giudice, non acquistando dal processo il convincimento della reità, non è nemmeno obbligato di condannare, benchè sussistano gli estremi di prova annoverati dalla legge (§ 260) — A.

(*) Qui si presuppone che l'accusato abbia poi in giudizio negato ogni cosa; e la censura che fanno gli oppositori delle prove legali (se è una censura, in fondo) sarebbe applicabile, nella immaginata ipotesi, anche al Reg. austr. Ammettasi anzi di più che l'accusato, altre volte condannato per reati di sangue, dovesse considerarsi capace a commettere l'omicidio; che avesse motivi di rancore verso l'ucciso, senza avergli però *minacciato* alcun male; e che, avendo addotto a sua giustificazione d'essere stato, nel tempo del fatto, in casa d'un amico, fosse stato smentito. Esaminando i §§ 138, 140 e 279-281 Regol. di proc. pen. si avrebbe: 1.° La deposizione di un impubere sulla immediata esecuzione del fatto; ma non varrebbe, nè come indizio, nè come prova incompleta, perchè non giurata (§ 132 *d*); 2.° La confessione stragiudiziale; ma non provata, perchè deposta da un testimonio solo (§ 282); 3.° L'inimicizia nutrita contro l'ucciso; ma non è di per sè sola un indizio, se non quando l'imputato avesse anche *minacciato* un male consimile (§ 158 N.° 4, 2.° alinea). Resterebbero la capacità e la smentita (§ 281, N.° 1 e 2); ma per legge non bastano; ed a ragione, perchè risolvendosi, in sostanza, in indizj remoti (§ 142), non hanno un valore di per sè. Quanto al contegno del cane non sapremmo, per verità, come considerarlo, dappoichè nessuno potrebbe mai affermare qual fosse stata propriamente la causa del suo furore — A.

gioni, o meglio da una concatenazione d'innumerevoli piccole circostanze. La dimostrazione (dicono gli oppositori della teoria di prove legali) che si fa nei così detti *motivi della sentenza*, non si fonda dunque sul vero; perocchè il giudice non sentenziò già pel motivo che *due* testimonj deposero contro l'accusato, ma piuttosto perchè le deposizioni loro *si accordavano* esattamente col carattere di lui, o colla spinta che lo moveva, o con altri indizj concludenti. Che anzi, chi bene esamini, è facile comprendere, come notammo altrove, che ciascun giudice dà uno speciale valore a certe circostanze, le quali propriamente son quelle che lo hanno determinato a creder vera la reità dell'accusato.

5.° Ma v'ha di più: se il legislatore prescrive al giudice di tenere per vero un fatto, quando concorrano certe specie di prova, non esercita egli una indebita coazione sulla coscienza di lui? E non s'espone egli al pericolo di commettere delle ingiustizie? Così accadrebbe se la legge ordinasse p. e. che i fatti deposti da due testimonj *dovessero* tenersi per veri; poichè ciò che rende completa la prova e somministra una razionale convinzione, non è già questa nuda deposizione di due testimonj, (i quali, fors'anco, se non sono nella lista dei così detti testimonj sospetti, gli è soltanto perchè sono stranieri e sconosciuti); sibbene è l'intima credibilità della loro deposizione, il contegno nell'esame, la diligenza con cui questo venne assunto dal giudice, la concordanza con tutte le altre circostanze accessorie. Laonde sarebbe cosa sconveniente e pericolosa che la legge statuisse, senz'altro, formar piena prova la deposizione concorde di due testimonj.

6.° Da questa medesima considerazione, essere pur sempre da lievi circostanze che il giudice trae la sua persuasione, e non essere possibile di esprimere su tutto un giudizio rigorosamente giuridico, si suol dedurre un nuovo argomento contro la teoria legale della prova. Egli è di fatto che il giudice decide le più importanti quistioni sempre a norma del suo modo subbiettivo di vedere, senza lasciarsi guidare od imporre da alcuna teoria. Non v'ha legge al mondo che possa determinare quand'è che un testimonio vive in inimicizia coll'accusato [4], o quando possa

[4] *Inimicizia* è un rapporto composto, il quale può essere argomentato soltanto dall'esame di un'intera serie di fatti, dal contegno delle persone, da certe espressioni, e dall'indagine delle cause da cui può derivare.

dirsi che egli abbia da aspettarsi dall'esito del processo qualche mediato e lontano vantaggio; eppure dipende da ciò se quel testimonio debba essere reputato classico, piuttosto che sospetto: il che poi, alla sua volta, determina il giudizio definitivo. Qui vale adunque unicamente il criterio del giudice, che decide seguendo precisamente la medesima via che seguono i giurati. Del pari se la legge dichiara che il giudice può prestar fede ad una confessione qualificata (*) sol quando la limitazione fattavi sia verosimile, non è più *il giudice* che decide, secondo date regole di prova, se sia o non sia verosimile, ma è *l'uomo* colla scorta del naturale criterio (**). Comandi pure la legge esplicitamente,

(*) Cioè accompagnata da una eccezione con cui si rettifica il fatto, oppure si nega o si scema la punibilità. Così se taluno confessa il *fatto* del ferimento, ma dice che agì per necessaria difesa, fa una confessione, che, nel linguaggio della scienza, suol dirsi *qualificata*. Questo era necessario a dirsi perchè nel § 265 del Reg. di Proc. Pen. austr. si leggono le parole *una confessione così qualificata* in un significato assai diverso, anzi quasi opposto, di confessione, cioè, avente tutte le condizioni volute dalla legge, nel § precedente, per far piena prova. Il testo tedesco, per altro, non dice già *qualificirtes*, che è la voce adottata anche in quella lingua per significare la confessione limitata, (vedi Feuerbach, *Lehrbuch d. peinl. Rechts* § 583, e Mittermaier, *Proc. pen. ted.*, § 158 e nel cap. XXXVI di questa medesima opera); ma dice *Ein so beschaffenes Geständniss* (siffatta, tale, di tal natura, ecc.); e sarebbe stato conveniente di conservare anche nella traduzione una differenza, come s'era fatto in quella del cod. pen. del 1803 dove (§ 400) erasi tradotto: *una confessione che seco porta tali qualità*, ecc. — A.

(**) Nella legislazione austriaca vediamo confermato questo principio. Il § 2 lett. g. del Cod. pen., parlando dell'eccezione della necessaria difesa, stabilisce che si potrà ammetterla « allora soltanto che dalla « qualità delle persone, dal tempo, dal luogo, dal modo dell'attacco o da « altre circostanze si possa conchiudere con fondamento, che l'autore del « fatto si tenne nei limiti della necessaria difesa.... » Questa valutazione delle circostanze che accompagnarono il fatto; questa conchiusione, insomma, sulla ammissibilità della limitazione addotta dall'imputato, che confessa il fatto, è indubbiamente rimessa al criterio del giudice, senza vincolo di prove. Così il § 268 del Reg. di proc. pen. stabilisce: « Se « l'imputato confessa bensì il fatto, ma adduce di non avere agito con « prava intenzione, o di essersi proposto un male minore di quello che « è realmente seguito, tale sua asserzione potrà essere ritenuta cre- « dibile allora soltanto, che il fatto sia avvenuto repentinamente, e che « il male non fosse già insito nell'azione stessa, ovvero non dovesse « necessariamente derivarne per l'ordine naturale delle cose, o non sia « solita conseguenza di tali azioni. — All'incontro se l'imputato pre- « parò la occasione ed i mezzi a commettere il fatto, o cercò di rimuo- « vere gli ostacoli alla esecuzione, si potrà ritenerlo convinto anche della « prava intenzione, qualora dal processo non risultino circostanze e rap- « porti speciali, che lascino luogo a riconoscere ragionevolmente una « intenzione diversa ». L'attento lettore dovrà ammettere che in questo passo, come nell'altro, la legge si è abbandonata al puro criterio del giudice ed al razionale suo convincimento, e che solamente ha voluto esprimere, a modo di istruzione o di guida, quelle massime direttive che meglio giovano per una più retta decisione — A.

Digitized by Google

che due testimonj formano piena prova, quando siano concordi in tutte le circostanze essenziali; ma i giudici avran pur da decidere, precisamente come giurati, se una tal concordanza vi sia, e quali siano poi le circostanze essenziali. E chi non sa che nei casi di prova indiziaria i giudici sentenziano quali giurati, per quante regole la legge prescriva? [5]

7.° Ogni legislatore, che voglia stabilire una teoria legale di prove, dee sciegliere tra due diverse vie:

Od egli è mosso dalla mira, ben lodevole in sè, di non porre l'innocenza al pericolo di una condanna: e si sforzerà di dar precetti quanto più è possibile completi, imponendo al criterio dei giudici confini ristretti piuttosto che ampj; redigerà, p. e., una lunga lista di testimonj inabili e sospetti; proibirà assolutamente di condannare sulle deposizioni di questi ultimi, e fisserà in gran numero i requisiti e le condizioni indispensabili, perchè il giudice possa dire di posseder la certezza (massime nella prova indiziaria od artificiale);

Od egli si limita ad alcune regole generali, e allora i precetti sulle prove saranno lati in massimo grado, (come vediamo nella legislazione olandese).

Nella prima ipotesi si avrà, per necessaria conseguenza, l'obbligo dei giudici di assolvere, in un gran numero di casi, anche quegli accusati che senza dubbio son rei, ma la cui reità non può essere provata a rigore di legge, mancando taluna delle condizioni richieste. Tutti gli inconvenienti dell'impunità, e della così detta *Absolutio ab istantia* (sentenza dubitativa) sono la conseguenza di siffatto sistema; poichè se la legge prescrive che la confessione non faccia prova se non quando sia stata fatta senza suggestioni; se vuole che per costituire la certezza legale col mezzo degli indizj, vi sia il *concorso* di circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti; la certezza non potrà mai dirsi raggiunta, tutte le volte che vi sia stata una suggestione, o che manchi un indizio susseguente [6]. E se, per lo contrario, il legislatore si attiene ad un sistema molto largo di prove,

5 Vedi l'articolo dell'Autore nel nuovo *Arch. del dir. crim.* Vol. XII, pag. 497.

6 Non si ha che a vedere i diversi tentativi fatti dalle legislazioni per fissare convenientemente le condizioni dalla prova per mezzo d'indizj. *Proc. pen. ted.*, § 175, in fine.

dando unicamente certe regole generali, egli è precisamente come se avesse detto ai giudici: « Voi potete condannare, quando siate *convinti* della reità; » chè tutto quanto il legislatore avesse stabilito non sarebbe, in ultima analisi, che una perifrasi di questo concetto. Del resto la massima parte delle regole di prova non son altro che tautologie, seppure non contengono (che è ancor peggio) qualche principio falso, che trae in errore il giudice 7.

Aggiunta inedita.

L'opinione che qualunque teoria legale di prove sia pregiudizievole, fu sostenuta in Germania pincipalmente dal 1846 in poi. Vedi Köstlin, *Wendpunkt des Strafprozesses* (Principj cardinali del proc. pen.), p. 107. — Gneist, *Bildung der Geschwornengerichte* (Della formazione del Giurì), p. 61. — Walter, *Lehre von den Rechtsmitteln* (Dei rimedj di legge) I, p. 77. — Zachariæ, *Reform der Strafgesetzgebung* (Riforma della legislazione penale), p. 194. Anch'io nell'opera: *Vier Abhandlungen aus dem Strafrechte* (Quattro dissertazioni di diritto penale, p. 17 e segg., ho cercato di dimostrare gli svantaggi di una teoria di prove *assoluta*, qual'è quella che si trova nel codice di Baviera. In luogo di queste regole di prova le leggi comparse nel 1848 sostituirono l'intimo convincimento (come in Francia l'*intime conviction*) giusta il quale dovevano sentenziare tanto i giurati quanto anche i giudici a cui competeva. Legge prussiana del 1846, § 19; e del 1849, § 22; legge di Baviera 8 nov. 1848, § 110; di Baden 5 febbrajo 1851, § 104 (*).

7 Buone osservazioni si leggono in Gmelin, *Peinliche Rechtspflege in den Kleinstaaten* (L'amministrazione della giustizia punitiva negli Stati minori) p. 217.

(*) In Austria il Reg. di proc. pen. 17 genn. 1850 aveva introdotto il giurì e abolite le prove legali, sostituendovi il libero convincimento prodotto dal coscienzioso esame di tutte le prove pro e contra (§ 287). Ma il sovrano autografo 31 dic. 1851, contenente i principj fondamentali della organizzazione e legislazione dell'Impero, aboli i giurati (§ 28); e il Reg. di proc. pen. 29 lug. 1853, di cui riportiamo qua e lá le disposizioni attinenti al soggetto del presente libro, ha ripristinata, con non pochi e importanti perfezionamenti, la teoria legale di prove. Vedansi De Würth. *Comment.* del Reg. 17 genn. 1850. Introd. § III. — Hye, *Principj fondam.* del Regolamento 29 luglio 1853, pag. 467 e segg. della trad. ital. del ch. D.r Zajotti — A.

CAPITOLO IX.

Tentativi fatti da alcune legislazioni per stabilire un sistema di prove legali.

Se noi prendiamo a considerare le diverse legislazioni che hanno adottate teorie legali di prove, e cerchiamo di scoprire l'idea fondamentale che ha diretto i legislatori nel formularle, troviamo che si possono distinguere nelle classi seguenti:

Classe I. Talora il legislatore si limita a prescrivere che certe prove non possano assolutamente ammettersi: che, p. e., i parenti, i fanciulli, ecc., non possano fare testimonianza; e stabilisce alcune formalità da osservarsi nell'assumere le prove, p. e., il giuramento dei testimonj. Sotto questo punto di vista anche il processo inglese ed il francese hanno norme legali. — † Il codice francese, mentre nell'articolo 269 dà al Presidente il diritto di citar testimonj non compresi nella lista del Procuratore od in quella dell'accusato, non permette però che si facciano giurare, ed ordina anzi che il presidente dichiari ai giurati che le deposizioni di questi testimonj *ne seront considerées que comme renseignements.* È dunque manifesto che quel codice distingue testimonj *di prova,* e testimonj *a schiarimento;* i primi, sulla cui deposizione i giurati ponno far fondamento, come su vere prove, devono essere sottoposti a giuramento; gli altri no. Ma è ovvio che una tal distinzione non ha valore alcuno in pratica, perchè può darsi che i Giurati, forse senza accorgersi, siano stati convinti appunto dalle deposizioni dei testimonj che non giurarono per essere stati sentiti a schiarimento; e siccome essi non danno i motivi della loro decisione, i giudici non possono poi sapere quali siano state le testimonianze decisive. — Nei tribunali correzionali, coi giudici dello Stato, è assai dubbio se questi debbano sentenziare secondo regole di prove. Hélie (*Instruction crim.*, vol. V, pag. 491) dice che anche i giudici dei Tribunali correzionali decidono come i giurati; e Trebutien, al contrario, (*Cours de droit crim.*, vol. II, p. 486) pone il principio che qui non basta la nuda prova morale; la qual' ultima opinione sembra fondarsi sul letterale tenore degli art. 154 e 189 del *code d'instr. crim.*, dove è detto:

la preuve se fera par procès verbaux, i quali fanno piena prova, sino a *preuve contraire* †.

Classe II. Talora il legislatore, oltre certe prescrizioni determinate, come quelle accennate nella classe I.ª, dà anche una istruzione sulle prove, non per vincolarvi assolutamente i giudici, ma perchè la tengano presente durante il processo, come norma fondamentale a cui riportarsi di caso in caso. Tale è il metodo tenuto nella *Common law* inglese e nel *Code of evidence* dell'America settentrionale. — † Il sistema inglese merita specialissima considerazione; da secoli si trova adottato nelle decisioni giudiziali e negli statuti, ed è una copiosa raccolta di precetti stabiliti in diversissime e molteplici condizioni (*a*). Questo metodo, che in sostanza fu imitato in Scozia e nell'America del nord, riposa sul seguente principio (*b*): L'accusatore e il gran Giurì (che decide sull'ammissibilità dell'accusa), devono esaminare se a favore dell'accusa sussistano tali prove, da potersi, giusta le regole (*Rules*) sulle prove, con verosimiglianza attendere che l'accusato sarà riconosciuto colpevole (*). Durante il processo poi l'accusatore può ad-

(*a*) Philimore, *Hystory and principles of the law of evidence* (Storia e principj regolatori della legge sulle prove). Londra 1850.

(*b*) Mittermaier, *Das englische Strafverfahren* (Il processo penale inglese), p. 524. — *Die Gesetzgebung und Rechtsübung in Strafverf.* (Legislazione e pratica del proc. pen.), p. 487. Best, *Treatise on the principles of evidence* (Trattato dei principj fondamentali della prova). Londra 1854. Greenleaf, *Treatise on the law of evidence,* (Trattato intorno alla legge sulla prova), Boston 1854, 3 vol. — Wharton, *Treatise on the criminal law of the United states* (Trattato delle leggi criminali degli Stati Uniti). Filadelfia 1855, p. 299.

(*) Questo principio fondamentale venne ora seguito anche dalla legislazione austriaca nella Patente Imperiale 3 maggio corr. anno 1858, uscita quando già erano stampati i primi fogli della presente traduzione. Quella Patente ha introdotte alcune semplificazioni al processo penale del 29 luglio 1853 già più volte citato; semplificazioni però che tendono precipuamente a risparmiare tempo e spese, ma non intaccano in nessun modo le basi del processo, che sono l'oralità, la publicità e la difesa. Da lungo tempo si parlava di modificazioni, e pur troppo circolavano voci sconfortanti sulle proposte di taluni dicasteri inferiori, che (dicevasi) volevano abolita la oralità in un gran numero di casi. Noi avevamo fin d'allora manifestato la nostra persuasione che si sarebbero introdotte *semplificazioni* ma non riforme (nell'articolo non firmato della *Gazz. dei Trib.* di Milano del 14 Agosto 1856), e la legge che ora è uscita dimostra quanto si appoggiasse al vero; e però siamo grati al sommo Imperante che volle mantenere intatti i principj fondamentali della publica amministrazione, promulgati col sovrano viglietto 31 dic. 1851. (Vedasi Hye, *Princ. fondam.*, pag. 14 e segg.).

La Patente 3 maggio 1858 nel suo § 6, ha accolto un principio caldamente raccomandato dal nostro Autore, e che trovasi infatti nella legisla-

durre soltanto quelle prove che in quelle regole sono ammesse; e il presidente è tenuto a respingere quelle che non lo sono: ad avvertire l'accusatore quando gli sembri che coi mezzi di prova addotti non possa costituirsi una prova legale, vietando anzi di proseguire il processo, evidentemente inutile: a spiegare ai giurati l'indole di ciascheduna prova che si vuol applicare, mostrando loro e sciogliendo i dubbj; e qualora i giurati abbiano dichiarato l'accusato colpevole, ma egli creda che abbiano violate le regole di prova (p. e. valutando la deposizione di un testimonio inabile) dee sospendere la sentenza e deferire il processo alla corte d'appello, affinchè risolva la quistione di prova. È poi fatto obbligo ai giurati di esaminare l'accusa soltanto a norma delle prove prodotte, e di non proferire una sentenza di condanna, se non quando più non resti nessun dubbio sulla reità.

Del resto per apprezzare convenientemente la teoria in-

zione inglese, quello cioè di risparmiare, più che è possibile, all'imputato la vergogna e i danni di un publico dibattimento. Finita l'inquisizione, il Tribunale esamina le prove che ci sono; e se non son tali da potersene aspettare la dimostrazione della reità, proferisce, non già un conchiuso d'accusa, ma un conchiuso di *cessazione per insufficienza di prove*, formola che è equiparata alla sentenza dubitativa finale. Questa modificazione è anche in piena connessione col sistema delle prove; poichè essendo di massima che il convincimento non può da solo fondare una condanna, quando non ci siano anche le prove, e viceversa, che anche sussistendo queste, il Tribunale, se non è convinto, può proferire una sentenza dubitativa, il dibattimento veniva ad essere una formalità superflua in tutti i casi in cui, a fronte d'ogni convincimento di reità, le prove fossero poi insufficienti. È però da notarsi che la legislazione inglese non conosce formula dubitativa, e che perciò nei casi a cui si riferisce il principio riportato dall'Autore, l'imputato viene dimesso intieramente libero. Ma la Patente Imperiale non ha voluto con quella disposizione togliere all'imputato la possibilità di una dichiarazione d'innocenza, e gli ha dato il diritto sì d'interporre ricorso contro quel conchiuso di cessazione, come di chiedere che sia tenuto il dibattimento, diritto di cui il Tribunale dovrà avvertirlo espressamente, ed al quale dee prestarsi senz'altro, se l'imputato lo chiede.

Questa importante semplificazione spiega anche l'altra contenuta nel § 3, per la quale l'imputato può bensì ricorrere al Tribunale contro il conchiuso del giudice inquirente, che avviò contro di lui la speciale inquisizione, ma se il Tribunale lo conferma, non ha diritto di ricorrere all'Appello, se non per quanto riguarda la misura dell'arresto inquisizionale che fosse stato decretato. E invero quel ricorso era un ritardo al processo e un aggravio pei giudici d'appello, mentre poi adesso riescirebbe superfluo, potendosi terminare l'inquisizione col conchiuso di cui or ora si è parlato. Con ciò resta modificata la nota **, che ponemmo a pag. 46, e la nota * a pag. 48, della presente opera — A.

glese sulle prove bisogna considerarla sotto i sei punti di vista che seguono (*):

= I.° Dietro quali principj certe prove siano ammissibili. II.° Quali condizioni siano richieste perchè una prova possa essere valutata. III.° In qual modo si debba valersene. IV.° Quali prescrizioni vi siano sul numero di prove necessarie per una condanna. V.° Se e quali presunzioni legali siano state introdotte; e VI.° Quali regole servano di guida per valutare l'efficacia delle singole prove.

Esaminiamo da vicino queste sei sezioni:

I. *Dietro quali principj certe prove siano ammissibili.* Sono i seguenti:

A. Nessuno è escluso dal fare testimonianza (*a*), nè a cagione di parentela, nè per subíta condanna criminale, nè per l'interesse che il testimonio potesse avere nell'esito dell'affare; di che le ragioni son queste: primieramente che la giustizia vuole valersi di ogni possibile fonte di prove; in secondo luogo che la credibilità dei testimonj dipende talora da lievissime circostanze accessorie; e finalmente che i giurati sanno dire meglio di chiunque se e quanta fede meriti un testimonio. Soltanto riguardo ai conjugi è stabilito (*b*) che, per non distruggere, come facilmente accadrebbe, l'intima loro famigliarità, nessun conjuge possa essere astretto a far testimonianza di quelle notizie, che avesse confidenzialmente avute dall'altro durante il matrimonio (**).

(*) L'illustre Autore nel comunicarci questa aggiunta (segnata †) indicò come egli abbia sviluppata la teoria inglese nella sua opera già citata *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren* (Erlangen, 1856), e propose di inserire a questo luogo tutto il brano relativo da pag. 487 a 492, come parte del presente lavoro. Noi lo facciamo tanto più volontieri, perchè così ci è data l'occasione di far conoscere anche quell'opera sulla legislazione e la pratica del processo penale, di cui, come già avemmo opportunità di dire, fu annunziata ma non ancor publicata una traduzione italiana. Distinguiamo la parte estratta da quell'opera col segno speciale = al principio e alla fine, e le note con lettere dell'alfabeto — A.

(*a*) Vedi l'altra mia opera: *Das englische Strafverfahrem* (Il Proc. ingl.) p. 328, e Best, *Treatise on the principles of evidence* (Trattato dei principj, ecc.), p. 185.

(*b*) Legge inglese 20 agosto 1853. Best, Trattato, p. 695. La benefica influenza di questa massima è egregiamente dimostrata nel secondo rapporto della commissione sulla pratica della *common law*.

(**) La regola è in questi precisi termini, e noi la traduciamo letteralmente. Confessiamo però di non saperci spiegare, perchè il conjuge debba manifestare le cose sapute confidenzialmente dall'altro *prima* del matri-

B. Il diritto inglese non ammette quelle prove le quali non si riferiscono immediatamente al reato di cui tratta l'accusa, ma concernono piuttosto quelle circostanze che servono a palesare la vita precedente dell'accusato, per dedurne se egli possa reputarsi capace d'aver commesso il delitto imputatogli. Si escludono queste prove pel motivo che sono spesso ingannevoli e potrebbero condurre in errore i giurati; laonde non si permette di domandare ai testimonj (che del resto potrebbero dire una loro *opinione* e nulla più) se l'accusato sia persona capace di commettere il delitto. Il cattivo carattere, ossia la fama sfavorevole dell'imputato, non entra dunque negli oggetti che l'accusatore ha da provare (*a*); che anzi non gli è lecito, nè nella denunzia od accusa, nè nelle prove, di esporre fatti che possano gettare una luce sinistra sull'accusato (*b*). Bensì è lecito al difensore di addurre testimonj per provare la buona fama (*c*); ma in questo caso anche l'accusatore ha il diritto (*d*) di addurne di quelli che possano attestare il contrario. Persino la *recidiva*, ossia la notizia dei reati già prima commessi e della pena subita, non forma oggetto di informazione dei giudici se non nel caso che l'accusato venga dichiarato colpevole, poichè allora riesce importante nella commisurazione della pena, e però

monio, se tale manifestazione possa distruggere la loro intimità. La regola sarebbe forse più equa, concepita come segue: Nessun conjuge può essere astretto, durante il matrimonio, a far testimonianza di quelle notizie che avesse confidenzialmente avute dall'altro, sia prima sia dopo la celebrazione del matrimonio. Si noti poi che qui non si distingue se l'altro conjuge fosse imputato o no. Nel caso che fosse imputato, la legge austr. dà il diritto di astenersi dal deporre, come si dirà più particolarmente, parlando della testimonianza — A.

(*a*) Best, *Trattato*, p. 527, e principalmente poi Wharton, *Trattato*, pag. 295.

(*b*) Il *Times* del 13 sett. 1854 riferisce un caso in cui un Giurato voleva avere qualche informazione sul carattere dell'accusato; il giudice non assecondò la domanda e osservò che sarebbe assai meglio che il giurì nulla sapesse della precedente condotta degli accusati.

(*c*) Vedi la mia opera sopra citata, p. 429. I giudici inglesi favoriscono siffattamente questo principio che avendo il difensore, in un caso seguito, *dopo* le proposte finali del giudice, domandato che fossero sentiti altri testimonj in prova della buona fama dell'accusato, il giudice *glielo permise* (*Times* 9 genn. 1852).

(*d*) Leggi 14 e 15 Vittoria, capo 19, sez. 9. (In Inghilterra le leggi si dividono in grandi collezioni comprendenti ciascheduna la serie di quelle promulgate durante il regno intiero dei singoli regnanti, dal nome dei quali sono poi contraddistinte — A.)

di solito ne vengono in cognizione pei rapporti degli impiegati di Polizia (*a*).

C. Si dee sempre addurre la prova migliore, qualunque sia il modo con cui si giunge a trovarla; e di ogni prova poi dev'essere riferita la fonte originaria (*b*). Di qui viene anche la massima di non ammettere, di regola, nessuna testimonianza *d'udito dire* (*c*), poichè c'è sempre il pericolo che un tal testimonio, il quale vuol avere saputo qualche cosa da altro testimonio, che non fu sentito in esame, o non giurò, sia stato ingannato da lui o non abbia ben compreso quello che gli raccontava. Una sola eccezione ha luogo: e concerne quei testimonj che riferiscono cose dette da un moribondo, il quale conosceva di dover morire (*d*) (*). Spetta al giudice che presiede al dibattimento di sorvegliare che sia osservata la regola sopra esposta, e non si producano prove non ammesse dalla legge, nè si facciano ai testimonj domande di tal natura. È anzi da notarsi, che se l'accusatore si richiamasse ad una confessione che l'accusato avesse fatta nella istruzione preliminare o dinanzi agli impiegati di Polizia od altri, il giudice dovrebbe respingere un tal richiamo, se appena gli sembrasse verosimile che l'accusato fosse stato illuso con promesse, o intimorito con minaccie (*e*).

(*a*) Legge 7 ag. 1851, sez. 13.

(*b*) Best, *Trattato*, p. 406-364. Così, a modo d'esempio, non è permesso di leggere i giudizj dei periti; ma questi sono tenuti di comparire personalmente e di sottoporsi all'esame incrociato (cioè all'esame in presenza delle parti e rispondendo alle loro domande ed obbiezioni.) (Vedi qui innanzi, pag. seg. la nota ** sul § 243 del Reg. Austr.).

(*c*) Vedi la mia opera, pag. 327, e Best, p. 572, Greenleaf § 100-185. Wharton, p. 305. Una buona dimostrazione degli inconvenienti che derivarono nel processo Laffarge dai testimonj d'udito dire si legge nella *Edimburgh Review* (Rivista d'Edimburgo) luglio 1843, p. 583.

(*d*) Vedi la mia opera, p. 328, e Greenleaf, § 156-162.

(*) Anche il Reg. austr. rifiuta la forza di prova alle deposizioni di quei testimonj che si fondano, non già sulle percezioni loro proprie, ma sopra un *sentito dire*, su presunzioni, verosimiglianze od argomentazioni (§ 269 lett. *c.*) Ma al § 140 N. 4 troviamo poi fatta la medesima eccezione di cui parla l'Autore; risguardandosi come indizio prossimo, anzi come prova incompleta « la dichiarazione fatta presso a morte dal *danneggiato*, che prima di morire non ha potuto essere esaminato o fatto giurare giudizialmente, qualora egli indichi *con precisione* come autore del reato una persona da lui *distintamente riconosciuta.* » Come vedesi, l'eccezione è ancor più ristretta, giacchè si riferisce, non a qualunque testimonio, ma al solo *danneggiato*, e non a qualunque sua indicazione generica sull'autore, ma alla vera *incolpazione diretta* — A.

(*e*) V. nella mia opera, pag. 336. Wharton, p. 316. *Law Review* (Rivista legale) vol. VIII, fasc. 15, p. 19.

II.° *Quali condizioni siano richieste perchè una prova possa essere valutata.* Appartengono a questa sezione le seguenti regole:

Si ammettono soltanto testimonj *giurati*, tranne se la legge li esoneri dal giuramento in via di eccezione (*a*); perchè si pensa che possa essere testimonio soltanto colui il quale riceve un impulso a dire il vero, dalla solenne sanzione del giuramento (*b*). Il diritto inglese non conosce pertanto, a differenza del francese, i così detti testimonj a schiarimento, i quali non giurano. Ma il giudice dee poi accuratamente investigare se si abbiano a ricevere le testimonianze dei fanciulli e delle persone che soffrono una malattia mentale (*c*); e, di regola, non si ammettono se non quando da un'indagine preliminare risulti che posseggono la necessaria riflessione per poter prestare il giuramento (*d*).

III.° *In qual modo si debba valersi delle prove.*

A. Vengono sentiti come testimonj a carico, quei soli che l'accusatore ha già, nel suo atto d'accusa, indicati all'accusato, siccome quelli di cui avrebbe fatto uso. Il Presidente adunque non ha, come in Francia (*), la facoltà di citare d'ufficio testimonj e periti, tranne il caso che lo creda necessario per poter decidere una quistione preliminare (*e*).

B. Può proferirsi una sentenza di condanna sulla deposizione di testimonj, sol quando sia fatta a voce ed in presenza dell'accusato (*f*) a cui compete il diritto del così detto esame incrociato (**); quindi è che non si può limi-

(*a*) In forza di una nuova legge 12 agosto 1854, § 20, 21, è permesso al giudice di esentuare dal giuramento quel testimonio che dichiarasse di non volerlo prestare per scrupolo di coscienza. Ma anche in questo caso, se la solenne assicurazione fosse falsa, il testimonio andrebbe soggetto alle pene dello spergiuro.

(*b*) Non si dee però tacere che in Inghilterra si fa del giuramento un biasimevole abuso. E p. e. non ci offende egli il sentire che il *correo* sia ammesso a giurare, quando il governo lo introduce come testimonio contro taluno?

(*c*) V. nella mia opera, p. 331 — Best, p. 196-206.

(*d*) Vedi un caso notevole con osservazioni nella mia memoria inserita nell'*Arch. del Dir. Crim.* 1853, p. 460.

(*) E quasi dovunque in Europa; e così anche in Austria — A.

(*e*) P. e. se all'aprirsi del dibattimento si facesse valere il dubbio che l'accusato avesse una malattia mentale; nel qual caso spesse volte accade che il presidente citi il medico o il custode delle carceri od anche altri testimonj, per sentirli su questo argomento.

(*f*) Best, p. 121.

(**) Nel § 243 del Reg. austr. si vollero conseguire i vantaggi essenziali dell'interrogatorio incrociato del processo inglese, senza assumerne

tarsi alla lettura di una testimonianza deposta nel processo preliminare, tranne qualche caso eccezionale, e sotto molte restrizioni.

IV.° *Quali prescrizioni vi siano sul numero di prove, necessario per proferire una condanna.* V'hanno alcune norme, sôrte coll'andare del tempo a guarentigia dell'accusato, massimamente nelle accuse d'alto tradimento e di spergiuro; e in forza di queste norme è richiesto in tali accuse un certo numero di testimonj. È facile vedere che, a poco a poco, le eccezioni e le interpretazioni hanno cambiato il senso dell'antico statuto (*a*).

V.° *Se e quali presunzioni legali siano state introdotte.* La teoria inglese ne ha d'assai importanti. Una di esse stabilisce che a favore dell'accusato milita la presunzione d'innocenza (*b*), e che l'accusatore è in obbligo di provare pienamente la sua accusa. Questa presunzione è benefica: tanto più che col tempo, e per effetto di consuetudini forensi introdotte dalle decisioni di singoli giureconsulti, erano sôrte parecchie presunzioni ricevute poi arbitrariamente come massime, le quali erano dannose per-

del pari i notorj svantaggi. Così afferma il cav. Hye nei *Principj fondam.*, pag. 458 ediz. ital. in nota. Il § 243 dispone ciò che segue: « Sono « abilitati a fare interrogazioni ad ogni persona da esaminarsi, oltre il « presidente, anche gli altri membri del Tribunale, il Procuratore di Stata, « il querelante privato, l'*accusato* ed il danneggiato, come pure i loro « patrocinatori, quando abbiano a tal uopo ottenuto la parola del presi- « dente. Questi respingerà per altro ogni domanda che gli si presenti « inopportuna. » Come scorgesi, questa disposizione è grandemente favorevole all'imputato; per essa, dice lo stesso cons. Hye, è data vita rigogliosa alla libera difesa di lui, ed è resa una verità la parificazione dell'accusato coll'accusatore. Ma per questa via, come per qualunque, sebbene ottima, si può arrivare a qualche inconveniente; ed è gravissimo, e spesse volte irreparabile, quello che, sotto forma di domanda, l'accusato possa *suggerire* al testimonio cose che tornano a suo profitto, onde le confermi, benchè non vere. A questo inconveniente ripararono altre legislazioni, non concedendo di fare le interrogazioni direttamente, ma col mezzo del presidente, il quale, come è naturale, si rifiuta di far quelle che mirano ad indurre i testimonj alla menzogna. Ma di qui poi venivano ben altri danni, come dimostra il citato scrittore a pag. 456 nella nota; e perciò il § 243 si è limitato ad ingiungere ai presidenti di respingere qualunque domanda inopportuna. Erasi da taluno interpretato questo passo di legge nel senso, che quando le parti domandano la parola, il presidente avesse diritto di farsi dire qual domanda si avesse intenzione di fare, salvo di concedere poi la parola, o no. Ma un'ordinanza ministeriale 13 gennajo 1857 N.° 27747 dichiarò, che i presidenti non hanno questo diritto, ma possono, dopo fatta la domanda, vietare all'interrogato di rispondervi, se la credono inopportuna — A.

(*a*) *Proc. pen. ted.*, e principalmente Best, *Trattato*, p. 679-684.

(*b*) Vedi nella mia opera, pag. 326 — Best, p. 408 — Wharton, pag. 557-582.

chè imponevano all'accusato la prova del contrario, sempre malagevole (*a*).

VI.° *Quali regole servano di guida per valutare l'efficacia delle singole prove.* La massima fondamentale è che la valutazione delle prove è intieramente abbandonata ai giurati. Ma la giurisprudenza pratica ha create alcune regole per renderla facile e sicura, e la scienza le ha poi ridotte a sistema. Queste regole però non sono obbligatorie; servono soltanto di guida al giudice affinchè, come è suo dovere, assuma regolarmente le prove; e ai giurati affinchè sappiano applicarle al caso concreto. Egli è così che essi hanno da giudicare della credibilità di un testimonio, o del valore di una confessione, e principalmente poi esaminare le così dette prove artificiali (indizj), rispetto a cui i giudici coscienziosi non omettono mai di porre in guardia i giurati contro l'impressione di certi indizj, facilmente ingannevoli (*b*). E qui hanno un'ottima influenza due cose. La prima, che i giudici hanno sempre cura di far presente doversi anzi tutto provare l'esistenza del fatto in genere (essenza di fatto), e potersi sol dopo che questa prova è stabilita, esaminare la quistione, se

(*a*) Tale è la presunzione legale della cattiva fama, dedotta da certe azioni (*), oppure quella che, trattandosi d'omicidio, l'accusato abbia agito con premeditazione. Best, p. 498. — Nel giornale di Friedrich, (Antropologia legale, 1856, fasc. 2, p. 1) si leggono, a proposito del caso di certo Buranelli, alcune osservazioni sugli inconvenienti della presunzione spesse volte adottata, essere, cioè, l'accusato imputabile e dover egli stesso fornire una prova rigorosa dell'alterazione di mente da lui asserita. In America si ha una opinione ben migliore; Wharton, p. 529.

(*) Sotto un certo aspetto la cattiva fama costituisce anche nella teoria del Reg. austr. una presunzione legale; poichè quando dalla vita precedente dell'accusato, o dalle già subite condanne per reati promossi da impulsi di somigliante natura, sia lecito conchiudere che l'accusato è persona capace di commettere il reato che gli è apposto, bastano *due* soli indizj, in luogo di *tre*, a costituire una prova legale (§ 281). Ma se anche è una presunzione, non può meritare i rimproveri che qui l'Autore esprime contro le presunzioni legali: perchè egli parla di quelle che *da sè sole* valgono come prove, mentre quella dedotta dalla *capacità*, come nel Reg. austr., serve soltanto a *completare* la prova, che già deve esservi, con almeno due indizj od una prova incompleta dei §§ 158 al 140, oltre gli elementi di convinzione dedotti dal nesso delle circostanze tra di loro, come prescrive il § 279 N.° 3 — A.

(*b*) Vedi un'ottima raccolta di casi nell'opera di Wills, *On circumstantial evidence* (Della prova circostanziale o indiziaria) Londra 1855, e Wharton, p. 395. Ben fece il giudice Martin in un caso di avvelenamento seguito nel 1855 (*Times*, 16 dicembre 1855), in cui non v'erano che indizj. Egli disse che non sarebbe mai troppa l'importanza che si desse al contegno dell'accusato, perchè ciascun uomo ha una propria maniera di esprimere i suoi sentimenti.

l'accusato sia colpevole (*a*); la seconda, che si va sempre inculcando ai giurati la massima non potersi dire accertata la reità dell'accusato, sino a tanto che sussista un ragionevole dubbio del contrario (*b*) = †.

Classe III. La legge può prescrivere invece regole fisse, ordinando sopra quali mezzi di prova sia permesso al giudice di proferire una condanna, e quali requisiti ciascuna prova debba avere, e tutto ciò in modo da vincolarlo assolutamente, coll'espresso divieto di condannare se la certezza non sia stabilita con queste tassative prove legali. Tale è il sistema seguito dalla legislazione bavarese, prussiana ed austriaca, e dai nuovi progetti di Germania †. Ma dal 1848 in poi son fuori di vigore † (*).

Classe IV. Ovvero la legge dà alcuni brevi precetti, contenenti piuttosto massime generali, ma ad un tempo dichiara che i giudici non sono in obbligo di condannare, qualunque sia la prova di reità, se non sono anche pienamente convinti che l'accusato sia colpevole. Non basta adunque la certezza legale fondata sulle regole di prova; deve concorrere anche il convincimento del giudice; ma del pari non basta mai il nudo convincimento, se la reità non risulta già dalle prove volute dalla legge. Tale è il sistema dell'ordinanza criminale olandese [1]; le cui prescrizioni di prova, p. e., sulla prova testimoniale [2], e sulla confessione [3], si tolgono dalla comune di quelle delle leggi tedesche †. Tale è anche il sistema che fu seguito dal Regolamento di procedura penale del Granducato di Baden del 1845 (§§ 248-271); ma le regole sul modo di valutare i singoli mezzi di prova sono quivi ancor più minute che

(*a*) V. nella mia opera, p. 536 — Best, p. 503 — Wharton, p. 347.
(*b*) V. nella mia opera, p. 538.
(*) Della nuova legislazione austriaca si parla in particolare nella classe VI, che forma un'altra aggiunta dell'Autore — A.

1 Del 1850. Vedine il testo nella mia *Krit. Zeitschr. für ausl. Gesetzgeb. und Rechtswiss.* (Giornale di legislazione straniera). Vol V. p. 171.

2 Nel tit. XX, art. 7, si dice: *Nul temoignage isolé d'une seule personne ne fait foi comme preuve legale; neanmoins, si les temoignages singuliers et isolés de diverses personnes relativement à des faits divers, tendent, par leur concours et par le rapport qui existe entre eux, à constater un fait général, il est laissé à la prudence du juge d'attribuer à ces temoignages singuliers la force de la preuve legale.*

3 Nell'art. 16 è detto: *L'aveu fait par l'accusé par devant le juge d'avoir commis le délit, qui lui est imputé, peut fournir une preuve complète de sa colpabilité, si toutefois cet aveu est accompagné d'une indication précise et exacte des circonstances connues, soit par la déposition conforme de la personne lésée, soit par d'autres preuves concordantes.*

nell'ordinanza olandese. Il principio direttivo fu questo: di fissare un *minimum* di prova, in guisa che, ove non concorrano le condizioni volute dalla legge, non possano i giudici proferire una condanna; ma che, quand'anche concorrano tutte, i giudici non siano in obbligo di condannare se non abbiano in pari tempo la piena convinzione della verità dei fatti imputati. Intorno allo spirito di questo sistema badese vedasi il mio *Processo orale*, ecc. (trad. di Maltini), p. 521. Ma ora non è più in vigore, essendo stato abolito nel 1851; ed i giurati, come anche i giudici dello Stato, decidono secondo il loro convincimento. Per l'opposto nel Regolamento di procedura penale pel Cantone di Berna si sono introdotte (§ 343-369) pei giudici correzionali regole di prova simili a quelle del codice badese †.

Classe V. La legge può sciogliere intieramente i giudici del fatto da qualunque teoria di prove, lasciando che proferiscano la decisione secondo la loro coscienza e convinzione; ma per togliere il pericolo di condanne non giustificate, può stabilire una teoria *negativa* di prove (*), nel senso, cioè, che certe prove non bastino mai per una condanna, sotto pena di nullità. Questa è l'idea dominante del progetto di procedura penale di Baviera presentato nel 1831 alle Camere [4], dove poi si stabilisce che ogni giudizio cri-

(*) Per uniformarci al linguaggio dell'Autore in certe frasi, consacrate specialmente a certi significati, adottiamo noi pure questa denominazione di *teoria negativa;* ma non ignoriamo che da taluno le si obbietta di non dare della cosa un concetto abbastanza chiaro, se non è accompagnata da una descrizione di essa. Noi italiani siamo, in generale, poco amanti di quei modi sintetici e quasi aforistici, di cui tanto si compiace il linguaggio filosofico, massimamente tedesco. I *subbiettivi* ed *obbiettivi*, i *materiali* e *formali*, i *positivi* e *negativi* ed altrettali modi di dire, non hanno, nei buoni esemplari della nostra lingua, il significato che vi dà la scuola germanica; e sebbene, da qualche tempo, anche nei motivi delle sentenze dei nostri tribunali si parli di prova *obbiettiva* e *subbiettiva*, non crediamo che mai verrà tempo, o lo crediamo ben lontana ancora, in cui si saprà intendere da ognuno, che colla prima si vuol indicare la prova *del fatto*, e colla seconda quella *dell'autore;* o, per adoperare un altro linguaggio di convenzione, la *generica* e la *specifica*. La poca popolarità di simili denominazioni dipende anche dalla moltiplicità dei significati che possono avere; e, p. e., le parole « prova *obbiettiva* e *subbiettiva* » hanno qui un significato del tutto diverso da quello che vi attribuisce il nostro Autore nel precedente capitolo VII; e probabilmente chi non fosse abituato a incontrarsi con questi modi durerebbe fatica a scoprire quel che vogliono esprimere — A.

4 L'art. 168 dice: *Nel volutare le prove i giudici sono liberi di seguire la loro coscienza e convinzione; tuttavia non potranno proferire una sentenza di condanna nè su una confessione che non sia fatta all'udienza colle volute formalità, e che non sia convalidata da altre prove; nè sulla deposizione di un testimonio unico che non sia parimente sussidiato da altre prove.*

Digitized by Google

minale (deliberante) sia composto di nove giudici, cinque dei quali abbiano da decidere la quistione di fatto, e quattro quella di diritto.

† Classe VI. Compongono una classe speciale quelle legislazioni, le quali (come l'austriaca nei §§ 258-282) prescrivono bensì ai giudici dello Stato certe regole di prova, ma piuttosto in un senso negativo, e a guisa di limitazioni generali di prova; concedendo loro di ritenere per veri i fatti imputati soltanto allora che sussistano certe prove e queste siano accompagnate da certe condizioni imposte dalla legge. E quelle regole poi sono espresse per modo che si risolvono in semplici avvertimenti pei giudici, da osservarsi nell'esaminare le prove; laonde (tranne alcune disposizioni che limitano propriamente i giudici) essi non sono però mai costretti a condannare, ed anzi non hanno obbligo di tenere per provati i fatti se non quando, ponderate tutte le circostanze del caso, acquistano il convincimento della verità, e non hanno sulla reità dell'accusato alcun fondato motivo di dubbio. Intorno al significato ed al valore della teoria di prove del Regolamento austriaco di procedura penale, vedasi Hye, *Die leitenden Grundsätze* (I principj fondamentali), pag. 467 della trad. Ital., e si confronti con Arnold nella *Gerichtssaal* 1845, p. 223, e con Mittermaier negli *Annali di Heidelberg* 1855, pag. 20. In pratica sorsero molti dubbj sull'interpretazione di alcune disposizioni, e si dovette riconoscere che talune di queste inceppano troppo il prudente arbitrio del giudice, come può vedersi nella *Oesterr. Gerichtszeit.* (Gazz. dei trib. di Vienna) N.[1] 125 e 126 del 1855 (*Eco dei Trib.* N.[1] 548 e 551) (*).

† Classe VII. Alcune leggi finalmente danno ai giudici appena brevi cenni direttivi per valersene nell'esame delle prove e particolarmente degli indizj. Tale è il codice criminale per gli Stati Estensi del 14 dicembre 1855 (entrato in vigore nel 1.° maggio 1856) le cui disposizioni sulle prove sono comprese nei pochi artic. 542 al 555 (**); e tale è pure la legge di Meklemburgo del 25 gennajo 1855 †.

(*) Nell'esposizione dei singoli mezzi di prova ci verranno non poche occasioni di far conoscere i principali dubbj che si sono sollevati nella pratica del nuovo Reg. di proc. pen. L'art. qui citato versa sul § 270 — A.

(**) A dimostrazione di quanto dice l'Autore ecco i due art. 555 e 554 del cod. pen. che trattano degli indizj. (La materia delle prove è nel *codice* e non nella *procedura*): « La prova per indizj, anche all'oggetto di condannare alla pena ordinaria, risulta e si ha qualora gli indizj siano indubitati, ossia escludano ogni possibile contrario ». — « Gli

Aggiunta a questo capitolo nella traduzione francese.

Tra i lavori legislativi che devono eccitare l'attenzione del giureconsulto, merita menzione speciale il codice napoletano del 1819. Questo codice conferisce il diritto di proferir le sentenze ai giudici dello Stato; ma non dà loro alcuna regola di prova. Nondimeno, lasciando loro la facoltà di seguire il *criterio morale*, vuole che espongano i motivi delle loro decisioni, e rendano conto, per tal modo, di quel processo intellettuale da cui fu determinato il loro convincimento. Del resto la decisione è inappellabile, e v'ha il solo rimedio del ricorso in cassazione. La Corte suprema, pertanto, è chiamata spesso a decidere se i motivi siano erronei, o esposti in termini così generali da non essere un vero rendiconto del giudicato, nel senso voluto dalla legge: se vi siano contradizioni, o false premesse, o se dalle prove addotte risulti il contrario di ciò che fu deciso. Verificandosi l'una o l'altra di queste ipotesi, la Corte di cassazione può annullare la sentenza; non però nel caso che si fossero semplicemente censurati i motivi, o che le ragioni addotte a spiegare il convincimento dei giudici, sembrino poco influenti, in guisa da farlo apparire assai debole; poichè in tali quistioni la Corte suprema non potrebbe dare una sentenza decisiva, non avendo assistito al dibattimento orale (*). Vedi su questo

indizj remoti, e molto maggiormente i prossimi, quando siano più e tendano allo stesso fine, si uniranno a far prova, ancorchè ciascheduno indizio non sia provato col mezzo di due testimonj ». Altro non dice la legge, e tutto è rimesso al criterio dei giudici, che sono giurisperiti e non *Giurati*, e decidono in seguito a un dibattimento orale. In generale il sistema estense somiglia assai all'austriaco, tolta la materia delle prove. La publicità però è ancor più ristretta coll'art. 283, § 5, cod. di proc. crim. dove è detto: « Saranno ammessi ad assistere al dibattimento le persone addette alla magistratura, i legali *esercenti*, i pubblici impiegati, l'ufficialità, non che *certo numero* di persone probe, che *siano capi di famiglia*, di civile condizione e di sesso mascolino. » Il presidente può citare testimonj *a schiarimento*, i quali non prestano giuramento (art. 272 e 273). Il procuratore ed i giudici possono interrogare i testimonj direttamente, avuta la parola; invece l'imputato e il difensore non possono far domande se non coll'organo del presidente (art. 306). Contro le sentenze avvi il rimedio dell'appellazione, indi della revisione (art. 360 e 381). È ammessa la sentenza dubitativa *non constare abbastanza* (art. 356). In appello e revisione si sente l'accusato *in persona;* ma dei testimonj si leggono soltanto le deposizioni (articoli 365, 372, 375, 376 e 389) — A.

(*) Anche nel sistema austriaco, sebbene sia ammessa l'appellazione, il dibattimento ha luogo soltanto in prima istanza, e il Tribunale d'appello dee decidere sugli atti del processo scritto. È sorto il dubbio se si

sistema napoletano Nicolini (Nicola). *Quistioni di dritto* vol. V, p. 287, e numerosi giudicati della Corte di cassazione di Napoli nella *Gazzetta dei Tribunali*, creata a Napoli nel 1845 e consacrata esclusivamente alla giurisprudenza civile e criminale.

CAPITOLO X.

Dell'indole e del merito che ha la teoria germanica sulle prove.

Nel capitolo VIII abbiamo esposte le obbiezioni che si fanno alla teoria legale di prove. Se noi prendiamo ora ad esaminarle, ci accorgiamo bentosto che molti di quei rimproveri derivano da malintelligenza, o dal non conoscersi esattamente il soggetto e la giurisprudenza pratica tedesca; oppure dal proposito di gettare il ridicolo su questa teoria, esagerandone le disposizioni, o invocando qualche errore commesso da giudici inesperti. Egli è così che udiamo affermare che il giudice tedesco è *in obbligo* di considerare per vero ciò che depongono concordemente due testimonj; eppure qualunque giudice, se appena abbia

possa ricorrere contro una decisione di prima istanza, quando i giudici hanno bensì dovuto riconoscere che i fatti erano provati, ma hanno poi dichiarato nei motivi di non essersi abbastanza *convinti* della reità dell'accusato (§ 260, reg. di proc. pen. già riferito a pag. 76). Questo ricorso potrebbe competere unicamente alla Procura di Stato; e mirerebbe a far decidere dal tribunale d'appello che il tribunale di prima istanza *doveva* essere *convinto*, la qual cosa essendo impossibile, perchè il convincimento è il prodotto di molti, talor quasi impercettibili, elementi che si sviluppano mediante la oralità del processo, e non possono essere convenientemente rappresentati dal protocollo del dibattimento, molti pensano che quel ricorso non sia ammissibile.

La legge non ha dato per questo caso una disposizione precisa; e solo è detto nel § 299, lett. *c*, che può ricorrersi contro il tenore della decisione se in essa *si ritenne che una circostanza di fatto non fosse legalmente provata, benchè sussistessero gli estremi a tal uopo voluti dalla legge.* E qui è citato fra parentesi il § 260; laonde sembra che il ricorso sia fondato in legge. Crediamo bensì che difficilmente un procuratore di Stato si varrà di questo diritto; crediamo anche che ben di rado un Tribunale d'appello troverà in questi casi che il convincimento dei giudici non sia da rispettarsi; ma il ricorso sarebbe legale, tanto più che l'Appello potrebbe sempre trovar necessarie od utili nuove verificazioni, per meglio stabilire la realtà delle cose (§ 303). — Il cons. cav. Hye nei suoi *Principj fondam.*, pag. 576-578 della trad. ital., manifesta l'opinione che a fronte del citato § 299, lett. *c* non sia punto ammissibile il ricorso; se non vogliasi accettare il rimprovero che la nostra legge abbia ammesso una *appellatio a melius informato judice ad minus informandum judicem*, e dato al secondo il diritto di riformare la decisione del primo in sfavore dell'accusato! — A.

passato qualche tempo nei tribunali tedeschi, sa quanto sia fondata siffatta asserzione, e come per lo contrario non sogliasi accettare per vera la deposizione di due testimonj, se non quando da tutti i fatti del processo, accuratamente esaminati, sorga il convincimento che quelle testimonianze meritan fede. Possiamo anzi dire che non v'ha giudice il quale si lamenti d'essere troppo vincolato.

Le altre obbiezioni poi concernono piuttosto quelle teorie di prove che furono troppo rigorosamente concepite, o che non sono accomodate allo scopo, anzichè l'idea in genere di formulare un sistema di prove. Noi pure siamo d'accordo nel disapprovare quei legislatori che hanno accresciuto soverchiamente il numero dei testimonj sospetti od inabili: perchè non han fatto che togliere al giudice la possibilità di fondare il suo convincimento sulla deposizione di un testimonio, anche in quei casi in cui, ponderate tutte le circostanze del caso (che poi son le sole che possono determinare un criterio giusto), egli lo troverebbe degno di tutta fede. E del pari troviamo sconveniente che si vincoli di troppo la libertà del giudice, coll'esigere, per ogni mezzo di prova, tante condizioni, senza delle quali non gli sia permesso di darvi credenza: come quando, a cagion d'esempio, si vuole che la confessione non sia stata provocata da domande suggestive o capziose. Ma non può dirsi per questo che tali limitazioni siano una conseguenza necessaria di ogni teoria di prove, anche saviamente fatta; mentre basta che la legge adoperi una esposizione generale, affine di tener presente ai giudici quali, p. e., siano le condizioni che deve avere una confessione, perchè faccia prova.

Le obbiezioni finalmente che restano ancora, consistono in una petizione di principio; poichè danno per ammesso che siavi un senso infallibile ed istintivo della verità, per modo che ogni uomo sia in grado, colla sola scorta di esso, di procurarsi una cognizione del vero 1. Ma qual

1 Contro questa opinione scrisse ottimamente CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. IV, p. 106. (Lib. IV, c. VII): « Esistono nell'intelletto umano, infissevi dal Supremo Autore della natura, « le forze necessarie a valutare la prova; ma l'attività di queste forze, « come di tutte le altre create, dipende dal loro maggiore o minore eser« cizio: da maggiori o minori soccorsi co' quali l'arte dovette sempre « ajutar la natura.... Un uomo il quale giudichi per la prima volta della « credibilità della prova non è da paragonarsi ad un uomo il quale ab« bia consumata la vita nel giudicarne, ed abbia avuto il soccorso di re-

sia il significato proprio della teoria legale di prove, e quali i suoi rapporti con quella operazione dello spirito, che è necessaria per indagare la verità, gli avversarj non lo considerano affatto. Noi esporremo ora i vantaggi di una saggia teoria legale di prove; ma è necessaria, per prima cosa, una distinzione, dalla quale, secondo che ci pare, tutto dipende; se, cioè, la legge abbia dato l'incarico di decidere le cause penali ai giurati od ai giudici giurisperiti. Nel primo caso non è necessaria qualsiasia teoria di prove nel significato delle leggi tedesche; perchè il Giurì presenta ben altre guarentigie. Nel secondo caso, all'incontro, è pienamente giustificata, ed eccone le ragioni:

1.° I giudici dello Stato (giurisperiti) non possono offrire quelle guarentigie politiche da cui deriva la fiducia che si ha nei giurati; inoltre il diritto di ricusare questi ultimi è grandemente più esteso che quello di ricusare i giudici; e finalmente il maggior numero di voti nel Giurì è un vantaggio impossibile ad ottenersi nei Tribunali, in cui i giudici sono sempre pochi (*). In un sistema che non ammette il Giurì bisogna dunque cercare altrove questi vantaggi, che mancano ai giudici dello Stato; ossia bisogna assicurarsi che la loro sentenza sia coscienziosa al più possibile, e si fondi in un sistema di prove prudentemente formulate a tutela dell'innocenza. Allora infatti è

« gole che l'arte ha potuto con lungo studio strappar come segreti dalle « mani della natura per meglio guidare il proprio giudizio ».

(*) *Pochi* a paragone dei giurati, che son tutti i cittadini aventi le condizioni volute dalla legge. In Francia si estraggono a sorte sulla lista generale dei giurati, i nomi di 36 per la sessione delle assise, e di 6 supplementarj. Questa lista, detta della sessione, si comunica all'accusato prima del giorno del dibattimento. In quel giorno poi si estraggono a sorte i nomi di tutti i giurati che si sono presentati; e tanto l'accusato quanto il publico ministero hanno il diritto di ricusarne un numero uguale, semprechè ne rimangano dodici, che devono comporre il Giurì decidente. Non è poi necessario, e nemmeno permesso, di addurre i motivi della ricusa. Ora è facile scorgere qual guarentigia sia per l'accusato (e anche nell'interesse della legge) questo ampio diritto di ricusa. Dove non c'è Giurì la ricusa dei giudici dee necessariamente essere motivata; e su di essa è necessario un giudizio che la ammetta o la escluda, perchè il numero dei giudici è necessariamente ristretto, e d'altra parte la ricusa per sospetto di parzialità è una macchia che un publico funzionario non potrebbe tollerare, senza esserne dichiarato meritevole dai suoi superiori; e finalmente la delegazione d'altri giudici, od anche di un tribunale diverso, è congiunta a gravi disturbi e dispendj, pel trasporto dei detenuti, per la citazione dei testimonj, ecc. Vedi i §§ 52-59 del Reg. austr. di proc. pen. dove, come si è già notato a pag. 78, non si parla della ricusa del publico ministero. Anche in Francia il publico ministero non può essere ricusato; la qual cosa ha colà una ben maggiore importanza e gravità che in Austria,

rimosso ogni arbitrio, perchè chi decide è la legge istessa; allora altresì è ben naturale che la fiducia s'accresca, perchè i giudici son tenuti di rendere stretto conto delle loro decisioni.

2.° Non credasi, per altro, che tali norme sulle prove siano un capriccio del legislatore; sono anzi una conferma dei principj generali dettati dalla ragione, coi quali si procaccia la certezza, non meno che di quelle regole che sono il prodotto di una lunga esperienza; e non con altro scopo vengono imposte come leggi, che per mettere dei confini alla libertà del convincimento, onde meglio tutelar l'innocenza in quei casi in cui l'apparenza ingannevole di certe prove potrebbe trarre facilmente in errore. Non può negarsi che ogni uomo di mente educata, quando va rintracciando la verità, compie una certa operazione intellettuale, che gli serve di guida nell'esaminare il valore delle prove che fanno una impressione su di lui; nel porle a confronto colle regole che riconosce, per esperienza sua propria, siccome le più convenienti; nel ponderare tutti i motivi pro e contra, e nel prendere finalmente una decisione. Or bene, il legislatore altro non fa, col dare una norma sulle prove, che seguire queste vie, segnate dalla ragione e lungamente esperimentate, per iscoprire la verità. Una lunga osservazione dei fatti, e una pratica estesa, son la sua guida; e siccome il giudice nel ponderare le prove dee pure raffrontarle colle esperienze che ne furono fatte, ne viene che le sue decisioni saranno tanto più rassicuranti, quanto sarà maggiore il numero delle esperienze ch'egli potrà consultare. Suppongasi ora che il giudice non sia guidato da regole di prova; eccolo ridotto entro la cerchia, spesso angustissima, che segna l'esperienza della breve sua vita; nè gli studi coltivati nel silenzio della sua cameretta, nè la vita dello stretto circolo di famiglia, gli avranno insegnato per quante molteplici cagioni accada talora che un innocente aggravi sè stesso con una specie di confessione (*); e quanto

perchè in Francia il pubblico ministero ha una influenza più diretta e più attiva nel processo che si istruisce. Vedi MANGIN, *Action publique*, n. 117 — A.

(*) Nella nostra pratica ci occorse il caso d'una figlia che confessava d'aver recato una lesione ad un tale, mentre v'era in processo la prova che ne era stato autore il padre di lei, il quale anzi confessò egli stesso il suo reato. Quella figlia ammettendo poi d'aver detto il falso in proprio aggravio, adduceva a sua scusa d'aver voluto con ciò salvar suo padre dalla prigione, per non far danno alla famiglia. Fu condannata in via di straordinaria mitigazione a brevissima pena. Vedansi casi interessanti nell'opera del BAUGNÒLI, *Della certezza*, ecc., pag. 185 — A.

sia facile che un accusato profondamente malvagio indichi per suoi compagni persone affatto innocenti; egli presterà fede, senz' altro, a quella confessione ed a quella incolpazione del correo. Ma la legge viene in suo soccorso [2]; gli pone sott' occhio le esperienze e le osservazioni di molti secoli; gli dà cenni ed avvertimenti e talora anche gli impone confini insuperabili, e gli offre insomma un modulo per misurare le prove, secondo ragione ed esperienza.

3.° Egli è ben vero che in ogni uomo risiede un'innata facoltà di scoprire il vero; ma non può disconoscersi che anche questa facoltà, al pari di tutte le altre dell'uomo, può essere perfezionata sempre più, in guisa da rendersene più sicuro l'esercizio; che d'altra parte una lunga osservazione può somministrar delle regole sul modo d'applicarla; regole di cui la scienza può poi comporre una dottrina o sistema, richiamandole ai principj fondamentali. Nessuno ne dubita, se si tratta dello sviluppo delle forze fisiche, od intellettuali; perchè dunque si vorrà dubitarne rispetto alla facoltà di valutare giustamente le prova? E non è egli vero che la nostra confidenza s'accresce quando chi ci manifesta la propria convinzione è un uomo che ha di continuo esercitata e coltivata quella facoltà? — Ebbene, la teoria legale di prove non è altro che il prodotto di quelle regole, che una costante esperienza ha fatto trovare, per rendere perfetta la facoltà di scoprire il vero.

4.° Qualora la legge abbandoni la sentenza a questa facoltà, così detta istintiva, di scoprire il vero, ricorre naturalmente al pensiero quel che notammo altrove, essere la sentenza sulle prove il risultamento di certi impulsi che esse danno all'animo nostro e che determinano una data impressione generale. Or come non dovrà temere il legislatore che certe prove facciano una troppo profonda impressione sui giudici, o per la vivace immaginazione del-

2 Carmignani, op. cit., vol. IV, p. 120 (Lib. iv., cap. vii): « La stima « della prova trovasi allora (quando cioè la legge ne determina la mi- « sura) tra due forze, le quali possono essere in contrasto tra loro: l'au- « torità della legge, il criterio istintivo dell' uomo giudice: ma questa « forza dee cedere a quella, non potendo l' uomo presumere che i dati « d'analogia, che gli ha somministrati la sua corta vita, siano da para- « gonarsi a quelli che la legge ha raccolti dalla esperienza delle nazioni « e dei secoli. Vi sono allor due *certezze*, sebbene non vi possa essere « se non una *verità:* l'una dell'uomo, l'altra della legge; l'una *morale*, « l'altra *giuridica:* la prima oscillante e variabile; la seconda ferma, co- « stante, come la giustizia che la creò. Di qui la origine della prova *le-* « *gittima* ».

l'uno, o per un un impeto momentaneo dell'altro? (*) Una corta pratica potrebbe far sì che alcune prove, le quali a un più diligente esame si mostrerebbero fallaci, esercitassero una preponderante influenza e determinassero una decisione di certezza, anche in quei casi, in cui un giudice più impassibile ed accurato, e più pratico delle cose, non avrebbe al certo voluto proferire una sentenza di condanna. Or la legge, col prescrivere certe regole per iscoprire il vero, vuole opporsi per l'appunto a questa influenza d'una momentanea concitazione, o d'un moto dell'animo appassionato o troppo impressionabile; vuol soccorrere insomma al difetto di esperienza.

5.° In una teoria legale di prove si mira a far sì che nei giudizj non domini già l'arbitrio dell'uomo, e per conseguenza la *varietà:* sibbene la legge, e per conseguenza l'*uniformità.* Dove, per lo contrario, i giudici, non seguono altra guida che il proprio convincimento, non può mancar di accadere, che, anche in casi del tutto analoghi, e nei quali, p. e., si hanno precisamente le medesime prove, si giudichi in modo diverso, pel motivo che in uno di quei casi il Tribunale era composto di giudici più avveduti, e meglio esperimentati, e in un altro di giudici leggieri ed inesperti; non così se devono pronunziare secondo prove legali: chè allora i giudizj son sempre uniformi, il che contribuisce essenzialmente, alla sua volta, a diffondere la fiducia nelle decisioni dei Tribunali.

6.° L'opera del legislatore, nello stabilire le prove legali, non è già quella solita di attribuire diritti ai cittadini e di fissare i rapporti giuridici che sussistono tra gli

(*) Una fanciulla impubere che, colle lagrime agli occhi e col più profondo sdegno, incolpasse l'accusato d'averla violata, potrebbe *da sè sola* (quando constasse di una violazione realmente seguita con traccie manifeste) trascinare i giudici a condannarlo: l'evidenza del racconto, l'aspetto della innocente fanciulla che piange sul suo disonore, fors'anche la sua figura simpatica, agirebbero profondamente sul giudice di vivace immaginazione: nell'altro poi, fors'anche più calmo, potrebbe eccitare un impeto irresistibile il pensiero ch'egli pure ha una figlia della medesima età di quella sventurata. E nondimeno come potrebbe la legge esser tranquilla sulla credibilità di una impubere? Noi conosciamo un caso in cui la fanciulla seppe dare una descrizione minutissima del suo offensore, accennando, tra le altre cose, che era mancante di due denti davanti. L'accusato, ch'ella non aveva mai prima veduto, aveva contro di sè alcune altre circostanze di fatto, laonde il convincimento dei giudici era fortissimo. Nondimeno mancando alla deposizione della impubere la conferma del giuramento, pel disposto del § 132, lett. *d.*, combinato col § 140, N.° 2 e 269, lett. *d.* Reg. austr., l'accusato dovette essere sciolto dall'accusa per insufficienza di prove — A.

uni e gli altri; ma dagli eterni principj del vero egli trae le sue regole, e inserisce poi nella legge quelle di cui il giudice poco esperto non ha un concetto chiaro e distinto, affinchè ne faccia applicazione ai casi occorrenti [5].

Se poi consideriamo quali sono propriamente queste regole, che una teoria legale di prove bene redatta contiene, ci convinciamo ben tosto che il carattere di esse non può nè tornare di pregiudizio all'imputato, nè mettere ostacolo alla scoperta del vero.

1.° La legge crede bensì necessario di *enumerare* i mezzi di prova sui quali è lecito al giudice di proferire la sua sentenza, ma lo fa allo scopo di impedire che un giudice, forse non capace abbastanza a distinguere l'indole del processo penale da quella del processo civile, proferisca la sentenza su prove che bastano soltanto pel giudice civile, qual'è, p, e., il giuramento di parte. Eppure non è raro udir qualche pratico far la proposta che nei processi per reati di minore importanza si dovrebbe concedere all'accusatore di deferire il giuramento all'accusato, o di completare col proprio giuramento suppletorio una prova semipiena (*). Ora, se la legge non facesse una enumerazione dei mezzi di prova ch'essa riconosce, o non esprimesse un assoluto divieto di far uso di certe prove, il giudice non sarebbe impedito dal pronunziar la sentenza anche su quelle, che una savia legislazione non può ammettere.

2.° La maggior parte delle regole sulle prove non son altro che precetti dettati dall'esperienza sul modo di valersi convenientemente delle fonti di prova. Fu l'esperienza che insegnò la maniera di sentire in esame i testimonj, evitando le domande suggestive, e obbligandoli a manifestare la causa della scienza, donde deriva appunto la credibilità delle testimonianze [4]; e fu del pari una lunga esperienza che insegnò quali norme di previdenza si dovessero seguire per ottener fede alla confessione. A seconda del diverso scopo d'ogni singolo atto di procedura, la legge determina le regole di prova convenienti; nè si chiama tran-

5 Carmignani, *op. cit.*, vol. IV, p. 120. (Lib. IV, c. VII).

(*) L'Autore parla di tempi (1854) di cui più non resta quasi nessuna traccia nell'argomento che trattiamo. Le proposte qui accennate non potrebbero adesso neppur concepirsi, dopo le riforme di quest'ultimo decennio — A.

4 *Proc. pen. ted.* § 87.

quilla se non quando sia certa che le prove furon poste a profitto nel debito modo; senza essere costretta di andar debitrice del buon esito all'arbitrio del giudice inquirente od alla circostanza fortuita ch'egli sia uomo di molta esperienza.

3.° Certe regole non sono altro che avvertimenti e cenni direttivi pel giudice poco pratico, il quale, ove non fosse istruito, potrebbe facilmente credere superflue talune formalità, non conoscendone ancora, per esperienza propria, il valore. Valga ad esempio la prova mediante la deposizione dei correi: certo è che, sotto alcune condizioni di cautela, merita fede; ma la legge che vuol ottenerne un mezzo di prova, vuol essere sicura altresì che queste condizioni siano state adempiute.

4.° V'hanno regole, inoltre, che son destinate a istruire il giudice poco esperto; p. e. quelle sulla prova per mezzo di periti. Chi conosce quanto siano frequenti i processi in cui il fatto d'un infanticidio, d'un veneficio, e simili, si dee verificare col mezzo di periti, sa altresì quanto avvenga di raro che l'ispezione ed il parere di essi sodisfacciano pienamente un giudice, che sia diligente ed acuto investigatore dei fatti. E qui si richiede grande abilità per dirigere le indagini, ed assicurare il valore del giudizio dei periti; questo è pertanto uno dei casi in cui una saggia teoria legale di prove può essere vantaggiosa.

5.° Una gran parte di regole sono bensì precetti puramente scientifici, che un savio giudice saprebbe da sè ugualmente interpretare ed applicare al caso concreto; pure nella legge hanno una importanza, perchè obbligano il giudice a non discostarsene nel proferir la sentenza, ed a prenderli a calcolo nel pesare le prove; in tal guisa la legge si assicura che nella deliberazione del consiglio giudicante quei precetti sono presi in esame. Tale è quello che la testimonianza, perchè faccia prova, debba accordarsi con tutti gli altri risultamenti del processo, e che i testimonj debbano essere concordi tra di loro nei fatti essenziali.

6.° Quasi tutte le leggi sulle prove poi si limitano a segnare al giudice certi confini che non può sorpassare. Il legislatore sa bene che certe prove, date alcune presupposizioni favorevoli, possono far sorgere il convincimento; ma dee pur tenere a calcolo gli ordinarj rapporti della vita; e considerare che per la loro indole stessa

quelle prove possono anche essere fallaci. Egli ha dovuto mettere sulla bilancia, da un lato il vantaggio meramente *eventuale*, che in certi rari casi possa conseguirsi una certezza anche con quelle prove; dall'altro il vantaggio *sicuro* di difendere l'innocenza contro la loro ingannevole natura. Trascurò pertanto quel vantaggio straordinario e raro; e preferì di sancire piuttosto, a tutela dell'innocenza, la massima che con simili prove non si possa pronunziare mai una sentenza di condanna; o ne limitò per lo meno la forza provante. Così si spiega perchè l'art. 22 della Carolina escludesse la prova indiziaria; perchè anche adesso ogni legislazione dichiari che un testimonio unico non fa prova; e perchè finalmente le leggi rifiutino a certe persone la facoltà di fare testimonianza. Può bensì accadere che un fanciullo di undici anni sia di sì precoce intendimento e tanto veritiero, che qualunque Giurì non esiterebbe a condannare, sulla deposizione di questo fanciullo straordinario; ma la legge considera i casi ordinarj: ed è al certo più saggio e più cauto il dichiarare, in via di massima generale, che i fanciulli son testimonj inabili. Non abbiamo però omesso di avvertire ripetutamente a suo luogo che sarebbe un male allungare di troppo la lista dei testimonj inabili o sospetti, perchè con una così eccessiva cautela, il legislatore si priverebbe da sè stesso di quei mezzi che valgono a stabilire la certezza, posto che il giudice adempia al proprio dovere. Ma di ciò dovremo occuparci più ampiamente nel trattare della testimonianza.

Quando il legislatore si tenga entro i limiti sin qui indicati, e si guardi dalla illusione di creder cosa possibile di prescrivere al giudice regole tali che si convengano per tutti i casi, in guisa da escludere affatto il suo criterio subbiettivo, non può negarsi che la teoria legale di prove può essere giovevole, ed anzi necessaria, in quei paesi in cui la facoltà di giudicare è riservata ai giudici giurisperiti. Queste ultime parole scaturiscono dalla considerazione che ai giudici dello Stato non si potrebbe mai dare l'importante diritto di decidere definitivamente sulle accuse portate contro i cittadini, senza ingiunger loro di manifestare altresì i motivi della sentenza. Tanto meno poi si potrebbe dare una tal facoltà ad un collegio solo di giudici; ed è anzi necessario (per le stesse ragioni che consigliano d'ammettere nel civile, e più ancora nel

penale, l'appellazione [5]) di accordare ad ogni condannato il diritto di ricorrere ad un tribunale superiore e di far sottomettere il processo a nuovo esame, con giudici diversi. Motivi delle sentenze, e facoltà d'appello sono per l'appunto gli inseparabili caratteri del sistema di giudici giurisperiti dello Stato. Ma una conseguenza, non meno necessaria, ne è poi la teoria legale delle prove; poichè se è vero che nei motivi i giudici espongono, a così dire, un rendiconto della loro sentenza, è d'uopo che contengano la dimostrazione che essi abbiano proferita una giusta sentenza, e cioè, quanto ai fatti, la dimostrazione che siano stati realmente accertati. Ora la legge offre, nelle regole di prova, un modulo, suggerito dalla ragione e confermato dall'esperienza, per giudicare se esista la certezza. Per tal guisa le deliberazioni dei giudici hanno un saldo punto d'appoggio; e dovendo essi manifestarne i motivi, cessa il pericolo che diano ascolto a giudizj preconcetti o che decidano con irriflessione. E lo Stato anch'esso dev'essere tranquillo, perchè può sempre confrontare la sentenza coi motivi da cui è accompagnata. Per ultimo è soddisfatto il voto comune dei cittadini, potendo ognuno esaminare da sè, se i motivi che furono dati sieno sufficienti per giustificare la sentenza proferita

Ma il vantaggio precipuo è del condannato e del suo difensore. Solamente per mezzo dei motivi essi vengono a sapere quali furono le prove a cui fu dato valore [6], o per qual ragione non siansi ritenute sufficienti quelle che vennero somministrate a discolpa. Per tal modo il condannato, se vuol ricorrere al Tribunale superiore, è posto in grado di esporre assai meglio le sue giustificazioni e di produrre nuove prove (*). Quante volte l'imputato si astiene dal fare

5 Vedasi la mia opera *Der gemeine deutsche bürgerliche Process* (Il processo comune civile germanico) Bonn, 1832, p. 2.

6 Grändauer *in Zurhein's Beiträgen zur Gesetzgebung* (Studi legislativi di Zurhein) vol. II, p. 169.

(*) Il § 292 lett. *g* del reg. austr. dispone ciò che segue sul modo con cui devono farsi i motivi delle sentenze. « Questi motivi dovranno esprimere specialmente con esattezza quali circostanze di fatto siensi dal Tribunale ritenute per provate, ed in forza di quali prove legali; perchè il Tribunale non abbia per avventura avuto riguardo ai fatti, prove o discolpe, o per quali motivi non abbia potuto persuadersi della certezza di una circostanza di fatto, o specialmente della reità dell'accusato (§ 260), o perchè abbia riconosciuto che il sospetto insorto contro l'accusato perdesse in tutto od in parte la sua forza; e in caso di condanna, quali circostanze siensi ritenute aggravanti o mitiganti. » Ogni imparziale dee riconoscere (e lo riconosce anche il nostro Autore, come si vedrà qui in-

eccezioni contro un testimonio, che depone a suo carico, sperando che già dal processo risulti qual poca fede egli merita! Ma quando poi s'accorge che il Tribunale ha, ciò nonostante, attribuito valore alla sua testimonianza, può ancora somministrare le prove da cui risulti chiaramente che non le è dovuta alcuna credenza. In simil guisa può anche produrre a sua discolpa altre prove, che prima, confidando nelle giustificazioni già date, non aveva credute necessarie, ma la cui importanza ben apparisce dai motivi della sentenza. Può dirsi adunque che questi concorrono a far trovare la verità reale; e siccome il sistema legale delle prove assicura tutti questi vantaggi, che derivano dai motivi delle sentenze, così si scorge che, quando sia ben concepito e redatto, sta in intimo rapporto col sommo principio del processo penale [7].

Aggiunta dell'Autore
nella traduzione francese (1848).

L'Autore si va persuadendo ognor più che, quando assolutamente si voglia rifiutare il Giurì e conservare nei giudici giurisperiti (dello Stato) il diritto di decidere, bisogna anche, per essere conseguenti, erigere un sistema legale di prove. È impossibile autorizzare un Tribunale, composto di solito da un picciol numero di giudici, a decidere unicamente secondo l'intima convinzione, senza che debba nemmeno manifestare i motivi della sua sentenza. Eppure così si fa in Piemonte ed in Toscana, dal 1838 in

nanzi) che i motivi da cui sono accompagnate le decisioni dei nostri giudizj penali, sono generalmente convincenti e legali; ma talora fu notato che ci si vedono tenute in troppo poco conto le discolpe addotte dalla difesa, e che presentano qualche volta piuttosto una enumerazione degli argomenti di reità, che una ponderazione di quelli pro e contra, che determinarono il convincimento, come vuole appunto il riferito passo di legge — A.

7 Sul valore di un sistema legale di prove vedi la mia opera: *Die oeffentliche mündiche Strafrechtspflege* (L'amministrazione publica ed orale della giustizia punitiva) Landshut, 1819, p. 53. — Feuerbach *Betrachtungen über das Geschwornengericht* (Considerazioni sul Giurì) p. 140. — Jarke, giornale d'Hitzig, fasc. 19, p. 147. — Zum Bach, *Ansichten* (Idee) p. 329. — Hinsberg *Erinnerungen über die beiden Entwürfe des Gesetzbuchs in Baiern*, v. 1831 (Memorie intorno ai due progetti di codice penale per la Baviera, del 1831) p. 24. — Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Criminal processes* (Trattato del processo criminale comune) Königsberg, 1833, p. 145. Il più forte propugnatore della teoria di prove è Carmignani nell'opera già più volte citata *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. IV, p. 80-290.

pol; ma dotti e non dotti, popolo e giureconsulti, tutti alzarono la voce contro questo sistema. Non è sperabile che il popolo accordi, senza una qualsiasi condizione, la sua piena confidenza a giudici che non offrono quelle guarentigie che rendono tanto popolare il Giurì; e per di più gli si tiene occulto ciò che almeno vorrebbe sapere, i motivi, cioè, che hanno determinato il loro convincimento.

La teoria legale di prove, come la intendiamo noi, e come l'hanno intesa gli autori delle nuove leggi già citate del Würtemberg e del granducato di Baden, non può essere confusa coll'*antica teoria di prove legali* (sapientemente esposta da Faustino Helie nel vol. I, p. 649 del suo *Traité de l'instruction criminelle*). Questa obbligava i giudici a tener per veri e pienamente provati i fatti, tosto che concorressero certe prove; era un circolo d'innumerevoli precetti, in cui il legislatore sforzavasi, ma indarno, di comprendere sotto formole prestabilite la varietà infinita e le molteplici combinazioni degli accidenti della vita. Secondo noi, invece, la teoria delle prove, si propone soltanto di porre all'arbitrio del giudice certi confini per meglio tutelare l'innocenza; si limita a *vietargli di condannare*, quando manchi l'una o l'altra delle condizioni richieste; non lo costringe mai ad accettare, suo malgrado, per veri i fatti; che anzi gli concede di assolvere, quando, a fronte che le formalità della prova siano state tutte adempiute, egli non abbia una intiera e profonda convinzione della reità. Ma d'altra parte, se noi consideriamo le regole di prova delle recenti legislazioni tedesche, le troviamo stese in termini così generali ed ampj, che in realtà finiscono per non aver più nessun significato od utilità; poichè ad onta di esse il giudice resta libero di seguire il proprio convincimento; nè al legislatore è dato di prevedere tutti i casi possibili. Questo è il motivo pel quale anche in Germania il sistema moderno di prove legali va perdendo seguaci; e poichè sembra impossibile di comporne uno compiutamente efficace, i dotti, ora più che mai (1848), si accordano nel domandare altamente l'instituzione dei giurati.

Aggiunta inedita.

Dall'epoca in cui comparve la presente opera, l'Autore, e come membro della commissione legislativa di Baden, e

come giudice, e nei viaggi da lui stesso intrapresi, per studiare la legislazione e la pratica dei diversi Stati europei, ha potuto raccogliere tante esperienze intorno ai pregi ed ai difetti del sistema legale di prove, che si crede in debito di aggiungere a questo luogo il risultamento delle proprie considerazioni su questo argomento.

I. L'Autore si è convinto che le regole di prova, quali si trovavano nella scienza giuridica di Germania nei tempi precorsi, e quali erano adottate dalle legislazioni tedesche, p. e., da quella di Baviera, presentano più inconvenienti che vantaggi. Quei legislatori fecero una sottile distinzione tra le così dette prove naturali e artificiali; dando poi la preferenza alle prime, e limitando la facoltà di condannare colle altre; e nondimeno chi attentamente consideri, s'accorge che siffatta distinzione è, non soltanto erronea, ma eziandio pericolosa, essendo chè in molti casi la condanna non è possibile se non per mezzo di prova circostanziale (indiziaria, artificiale). Qualunque teoria legale di prove si fonda su numerose esperienze dalle quali il legislatore ha tratte le sue prescrizioni, innalzando a regola ciò che più comunemente accade, nell'ordinario corso delle cose. Eppure è codesta una illusione; perchè anche lievissime circostanze possono contribuire a far pronunziare una giusta sentenza; laonde attenendosi soltanto ai fatti ordinarj, il legislatore s'espone a condurre in errore i giudici. Infatti, od egli ha redatte le regole di prove col massimo rigore, ordinando (a guarentigia dell'innocenza) che non si proferisca una condanna se non quando concorrano molti requisiti e condizioni; e allora accade facilmente che i giudici, quantunque intimamente convinti della reità dell'accusato, siano costretti di mandarlo impunito (*), perchè manca, per avventura, taluna delle condizioni richieste; — o il legislatore ha redatte le sue prescrizioni in modo sì vago e indeterminato che la cosa resti tuttavia rimessa al criterio del giudice, e allora riescono superflue, non altro significando se non che la legge raccomanda ai giudici di ponderare accuratamente le prove. Qualunque regola di logica giudiziaria(**) va soggetta a molte distinzioni; se adun-

(*) L'originale MS. dice *lossprechen*, assolvere; ma per non prevenire la quistione, se il giudice debba assolvere *dal delitto* o *dall'accusa* ossia *ab instantia*, abbiam preferita questa frase *mandarlo impunito*, che sta per l'uno e per l'altro caso, e qui basta al concetto dell'Autore — A.

(**) Avvi una buona operetta intitolata *Logica Giudiziaria o Trattato degli argomenti legali* di Orlensio SAINT-ALBIN, traduzione dell'Avv. Casamorata. Firenze 1842 — A.

que il legislatore adotta la regola, si espone a un grave pericolo: perocchè è sommamente difficile comprendere nella legge, con una espressione precisa, tutti i casi ed accidenti possibili; d'onde poi difficoltà e contestazioni nella pratica (*).

II. Ma d'altro canto quel motto che s'andò adesso ad accattar dalla Francia: dover i giudici sentenziare unicamente a seconda del loro *intimo convincimento*, si riconobbe pericoloso nell'esperienza che ne fu fatta in Italia ed in Germania. È noto che a Napoli, in Toscana, a Parma ed in Piemonte, si volle che i giudici seguissero soltanto il loro libero convincimento; ma gli scrittori italiani, quali il prof. Mori nel vol. III, p. 5 della raccolta di *Scritti germanici di diritto criminale* (Livorno 1847), e Albini e Bosellini ed altri, dimostrarono che questo nuovo metodo recò molti mali. Ciò che dice il cav. Hye a pag. 285 della sua opera *Die leitenden Grundsätze* (*Principj fondamentali*, pag. 476 della traduz. ital.) è verissimo; e in Germania si è dovuto riconoscere che se, dopo il 1848, compar-

(*) Eccone un esempio: tra gli indizj che possono rendere uno sospetto avvi quello della presenza nel luogo del delitto, nel tempo in cui fu commesso. Una condizione però deve accompagnare questo indizio, che, cioè, non si possa con verisimiglianza ammettere che l'imputato avesse avuto un'altra ragione di trovarsi in quel luogo. In questi termini è appunto concepita *la regola* nel § 138 n.° 7 del Reg. Austr. di proc. pen. Ora suppongasi che in una casa abiti un tale col suo servitore solo; e che di notte, mentre la casa è chiusa, il padrone si trovi assalito e ferito da persona che non può ravvisare; e diasi per dimostrato che nessuno entrò prima del fatto in quella casa, o ne uscì dopo. Ecco che il servitore avrebbe contro di sè l'indizio della presenza in luogo. Ma siccome la cagione del servizio lo giustifica, così i giudici si trovano nella difficoltà di non poter applicare la legge e di lasciare impunito un uomo, che, con ogni verosimiglianza, è colpevole. Siccome però il § 138 contiene una enumerazione d'indizj meramente *dimostrativa* (come dice la rubrica marginale) e non è tolto al giudice di far uso di indizj *equipollenti*, così si immaginò nella pratica l'indizio della *opportunità esclusiva*, come equipollente a quello della presenza in luogo. Ma qui poi un'altra difficoltà: se si tratta di prova puramente indiziaria, il § 279 del Reg. ammette che si costituisca con questi indizj che sono annoverati nei §§ 138-140 o con altri *di forza uguale;* ma se il difetto nel prescritto numero d'indizj vien supplito con una *smentita* o colla prova della *capacità*, ossia se trattasi di prova *composta*, a termini del § 281, allora è richiesto che gli indizj siano *tassativamente* di quelli annoverati nei §§ 138-140; e siccome là non parlasi di *opportunità esclusiva*, ma di *presenza in luogo*, e a questa (nel caso supposto) mancherebbe il carattere di non essere altrimenti spiegabile, così non sarebbe in alcun modo possibile di proferire una sentenza di condanna, a fronte di ogni più saldo convincimento della reità. Tutte queste difficoltà derivano dal non potere il legislatore provvedere a tutti i casi con una regola, per quanto accurata, come spiega appunto il nostro Autore — A.

vero molte sentenze poco fondate, ciò era da ascriversi al sistema dell' intimo convincimento. La così detta impressione generale, a cui, in quel sistema, il giudice si abbandona, non è altro, bene spesso, che il prodotto di un sentimento, o di idee confuse che vietano al giudice di ponderare le prove con logico rigore. L' esperienza insegnò che persino in Germania, nei casi in cui discutevasi la quistione preliminare se sussistesse realmente il fatto del delitto (il fatto in genere, il *corpus delicti*), quando il difensore moveva eccezione su qualche difetto d' un parere peritale, gli si rispondeva, che trattandosi soltanto del convincimento del giudice, non occorreva nemmen più che il fatto in genere fosse previamente provato a tutto rigore (!), com' era richiesto durante il sistema delle prove legali.

III. La quistione sul valore della teoria legale delle prove si connette con l'altra, se i giudici debbano manifestare i motivi della loro decisione, circa la quistione di fatto. Fu affermato da taluno che mal si conciliano tra di loro la motivazione della sentenza e la procedura orale senza regole di prova, per la ragione che, in ultima analisi, tutto consiste in ciò, se il giudice abbia il convincimento; e questo può essere il prodotto di una generale impressione, o di un certo qual senso del vero, impossibile a tradursi in una motivazione; idea che ci sembra erronea e pericolosa. Noi siamo anzi ben lieti di potere assicurare, per l'esperienza che noi stessi abbiam fatta in Italia, che i motivi delle sentenze, massime nel regno di Napoli e nel Piemonte, ma sopratutto poi nel Regno Lombardo-Veneto, sono stesi, per lo più, con tale acume e chiarezza, e in modo sì compiuto da infondere la più sentita fiducia verso i Tribunali (*). Una ben ragionata motivazione è la miglior guarentigia che il Tribunale possa dare d'aver scrupolosamente ponderati e vagliati tutti i mezzi di prova; la sentenza apparisce allora come il prodotto di una operazione logica; durante la quale non raramente avviene, che i giudici, considerando attentamente, ad una ad una, tutte le ragioni che

(*) L'onorevole testimonianza che il ch. Autore ha voluto rendere ai nostri Tribunali sarà accolta con compiacenza e gratitudine da ognuno. Lontani dal gonfio e dall'enfatico, del pari che da una ostentata erudizione; stesi con calma, con sobrietà di citazioni e di argomenti, con ordine accurato, con logica conseguenza, tali sono generalmente i motivi delle sentenze dei Tribunali Lombardo Veneti: e quando il foro sapesse svincolarsi da certe forme e da certe frasi viete e pesanti, nulla lascerebbero a desiderare anchè ai più scrupolosi — A.

stanno pro e contro la reità, e notomizzando perfino ogni argomento di dubbio, finiscono a dover riconoscere, quando son per votare, che realmente la prova, che sarebbe necessaria, non sussiste. Io ho dimostrato i pregi della motivazione delle sentenze in una memoria inserita nell'Archivio del Dir. Crim., 1854, p. 141 (*); ed anche Pisanelli la spiegò elegantemente nella sua opera *Dell'instituzione dei giurati*, (Torino 1856), p. 173 (**).

(*) La Memoria porta il titolo *Ueber den Zustand der Strafprozessordnung in Deutschland*, ecc.: Stato presente del processo penale in Germania, ed esame dei più recenti lavori legislativi, con speciale riguardo alla teoria legale di prove, alla motivazione delle sentenze, ed ai rimedi di legge — L'*Archiv des Criminalrechts*, che è spessissimo citato dal ch. Autore, è una preziosa raccolta di studi serj e profondi d'uomini illustri quali Mittermaier, Abegg, Arnold, Birnbaum, Steffter, Herrmann, Zachariä, Schwarze, Glaser e tanti altri. Fu da questa raccolta che il benemerito Prof. Mori trasse la materia dei suoi lodatissimi *Scritti Germanici di Diritto Criminale;* e siccome noi non possediamo, e forse non possederemo mai, un periodico che possa stare a confronto con quelli di Germania e particolarmente coll'*Archivio*, sarebbe opera utilissima quella di chi imprendesse a continuare quella raccolta, di cui il Prof. Mori diede un saggio nei quattro volumi che publicò nel 1846 e 1847; allargandone anzi i confini, per giovarsi delle dotte Memorie che contengono i periodici francesi — A.

(**) Ecco le parole del libro qui citato: « Nessuno può dubitare che l'obbligo che le odierne legislazioni hanno ingiunto al giudice, di render ragione delle sue sentenze, sia una delle maggiori garantie della innocenza. La motivazione è ad un tempo sussidio e freno pel magistrato; mallevadrice al pubblico della rettitudine dei giudizj; fondamento d'uno dei più importanti istituti dei tempi moderni, la cassazione; mezzo pel quale la scienza delle leggi s'insinua nella vita; vincolo che rannodando il sentire delle moltitudini con quello degli spiriti eletti, insieme li tempera e li corregge; cagione talvolta della rassegnazione e del pentimento del reo. Traducendosi con la motivazione in pieno e netto conoscimento il sentire istintivo del giudice, essa lo toglie dalla perplessità e dalla incertezza, e bene spesso lo indirizza e lo corregge.» Indi segue dimostrando, sempre con la medesima forza e lucidità, che la motivazione giova alla scienza del diritto ed alla diffusione dei principj giuridici e « quasi vincolo tra gli uomini colti ed il popolo, ammanisce ai primi le inspirazioni della coscienza pubblica e partecipa a questa i trovati della scienza; ed in tal guisa contribuisce efficacemente agli incrementi del dritto ed alla sua propagazione. » (*ivi*, p. 176). Vedasi anche Meyer, *Spirito*, ecc. *delle istituz. giudiz.* (Lib. VIII, c. VIII) dove però si difende una proposta che ci parrebbe pericolosa, cioè della publicazione dei voti individuali d'ogni giudice votante. In Italia questa utilissima instituzione dei motivi delle sentenze fu introdotta da gran tempo. Leggiamo nel 3.° volume, tanto desiderato e or ora comparso (Torino, 1857), della *Storia della legislazione italiana* del conte Federigo Sclopis, che in Toscana l'obbligo di dar i motivi fu imposto per la prima volta fin dal 14 maggio 1542 con una legge la quale riformava il Tribunale detto *Ruota*, o Consiglio di giustizia. Il capo 6 di quella legge stabilisce che i giudici sedenti in quel Tribunale, in tutte le cause *a loro in qualunque modo devolute.... debbino dare li motivi ed esprimere le ragioni per le quali sono stati mossi a così giudicare o riferire* ». Quest'uso ragionevolissimo di esprimere sentenziando i motivi

Niun dubbio che la motivazione delle sentenze influisce sulla teoria delle prove. Colà dove la legge non impone ai giudici nessun obbligo di esprimere i motivi delle sentenze, si trova anche indotta a non imporre nemmeno qualsiasi prescrizione di prova; ma allora poi i giudici si tramutano in giurati; cosa che noi reputiamo di danno, poichè ben di leggieri verranno proferite sentenze poco fondate, con grave detrimento della fiducia che la giustizia dee meritarsi. Dove, per l'opposto, avvi l'obbligo di motivar le sentenze, è più facile che il legislatore trovi necessario anche un sistema di prove legali, per indicare ai giudici i punti sui quali abbiano a dirigere la loro attenzione, e per mostrar loro la via per la quale possano poi, nei motivi, render ragione delle loro sentenze.

IV. Se nelle premesse considerazioni noi abbiamo censurato, siccome pregiudizievole, l'antico sistema delle così dette *preuves legales*, non ne segue per questo che noi rifiutiamo anche quelle prescrizioni di prova, che hanno una mira diversa da quella di costringere il libero arbitrio del giudice. Non possiamo pertanto convenire in quelle prescrizioni che stabiliscono le condizioni da cui un mezzo di prova deve essere indeclinabilmente accompagnato, per-

del giudicato fu seguito anche dalla Rota di Roma, da quelle di Genova, di Lucca e di Siena; fu introdotto tardi, ma con efficacia, in Napoli « (benchè renitenti e frementi i giudici, come di atto e comando tirannico, p. 94) ed è oggimai, un canone di rito giudiziario accolto da tutte le nazioni civili » (pag. 86, 87).

In Austria vige da lungo tempo il sistema di dare i motivi delle sentenze; ma con queste due eccezioni le quali durarono fino all'ultima organizzazione (1855): che, cioè, il Tribunale d'appello non dovesse comunicare i motivi quando confermava la decisione di prima istanza, e che la Corte Suprema non dovesse comunicarli in nessun caso. Questa giurisprudenza fu definitivamente abolita col § 197 della Pat. Imp. 3 maggio 1853, sulla sistemazione delle Autorità giudiziarie e sulla trattazione degli affari, dove è detto: *Tanto i Tribunali d'appello quanto la suprema Corte di Giustizia dovranno sempre emettere i motivi dei loro giudicati, senza aspettare la domanda delle parti* (che prima era necessaria per averli nei due casi anzidetti) *e senza differenza siasi o no da loro mutata la decisione del giudice inferiore.* La qual sapientissima e utilissima disposizione, che rende una verità effettiva quei vantaggi che or ora vedemmo accennati dal Pisanelli, è applicabile tanto agli affari civili quanto ai penali, come si deduce dalla introduzione dell'ordinanza del Min. della Giustizia 16 giugno 1854, la quale poi, al § 165, impone ai giudizj di osservare nella stesa dei motivi da rilasciarsi alle parti, i riguardi di publica sicurezza, moralità e decenza; p. e. nei casi in cui si tratta di giudicare espressioni irriverenti, offensive, immorali od indecenti, o fatti la cui divulgazione potrebb'essere pericolosa, limitandosi a quei cenni generali che sembrano indispensabili — A.

chè si possa proferire con quello una sentenza di condanna, oppure in quelle altre con cui si toglie al giudice il diritto di far uso di certe prove, che, sebbene unicamente colla massima precauzione, pure ponno generare il convincimento e fondare la decisione. Ma sarà invece accettabile il sistema di inserire nella legge, come vedemmo farsi in Inghilterra, una serie di precetti relativi alle prove, ne'quali il legislatore ponga soltanto ciò che la logica, l'esperienza costante, e la pratica giudiziaria suggeriscono come ottimo mezzo per arrivare alla scoperta della verità giudiziale; e dia bensì delle norme per l'esame e la valutazione delle prove, ma solamente in forma di istruzioni, e di cenni direttivi, non come vincoli, ma come guida pei giudici. Certamente non ignoriamo che i giudici avveduti, esperti e di sano criterio, sentenzierebbero giustamente, anche senza tali precetti; che, d'altra parte, i precetti non fanno esperti ed avveduti quelli che non lo sono; e che finalmente un giudice astuto (*) sa, all'occorrenza, torcerli e svisarli. Or che dimostra questo se non la grande importanza di una esposizione scientifico-pratica della teoria delle prove? Ogni legislatore dev'essere persuaso che se anche non vi fosse nella legge alcuna regola di prova, i giudici applicherebbero, ciò non pertanto, quelle che dà la scienza; e che, quand'anche ve ne fossero, i giudici non ometterebbero d'invocare dalla scienza una guida per completarle e per chiarirle.

CAPITOLO XI.

Esame del sistema di prove adottato dal progetto bavarese del 1831 (**).

Accennammo di sopra (cap. IX, pag. 96) come il progetto bavarese del 1831 avesse adottata una via di mezzo, collo stabilire che fra i nove giudici componenti il tribunale, cinque decidessero le quistioni di fatto, senza essere vincolati a qualsiasi teoria di prove, tranne due restrizioni che or ora esamineremo; e gli altri quattro decidessero le quistioni di diritto. Nella compilazione di quel progetto, si ebbero di mira queste tre massime fondamentali:

(*) Anzi, aggiungiamo noi, di mala fede — A.

(**) Benchè questo ed altri progetti esaminati dall'Autore non abbiano ricevuto forza di legge, non sarà inutile per lo sviluppo dei principj scientifici, lo studio di questi tentativi in argomento di tanta importanza — A.

1.° Coll' autorizzare i giudici giurisperiti (dello Stato) a decidere secondo l'intimo loro convincimento, si vollero evitare gli inconvenienti della teoria legale.

2.° Col separare i giudici del fatto da quelli del diritto, si volle introdurre una specie di Giurì.

3.° Collo stabilire una teoria *negativa* (che, p. e., non si potesse condannare sulla deposizione di un testimonio *solo*) si volle impedire ogni arbitrio dei giudici.

Il progetto non poteva però meritare approvazione. Era uno sforzo funesto di conciliare insieme le teorie più disparate, nell' idea di far bene; e perciò subì la sorte di tutte le mezze misure di sîmil fatta, le quali non accontentan nessuno; ed anzi, mischiando elementi eterogenei, conducono a non pochi inconvenienti. Dimostreremo più innanzi quanto sia pregiudizievole il sistema di dare ai giudici giurisperiti la facoltà di proferire le sentenze senza essere tenuti a seguire una teoria di prove. Ma era grave errore altresì il credere d'aver introdotto un miglioramento, demandando a cinque dei giudici le quistioni di fatto; imperocchè questi cinque giudici non potevano offrire le guarentigie politiche [1] che offre il Giurì, sì perchè questi pseudo-giurati [2] non possono essere ricusati ugualmente che i veri; e sì perchè sul picciol numero di cinque, tre soli costituiscono già la maggioranza, e nondimeno la loro decisione è inappellabile. Non si comprende poi il perchè, se i cinque giudici del fatto hanno le identiche qualità dei quattro del diritto, non possano decidere anche di questo, mentre non sussistono qui le ragioni per le quali il Giurì dee tenersi limitato alla sola decisione di fatto [3]. Il legislatore pertanto non poteva tampoco supporre che il suo nuovo sistema diventasse popolare, e che si credesse davvero aver egli introdotto in Baviera un Giurì migliorato.

Molto meno può essere approvata la teoria negativa di prove adottata in quel progetto [4]. Ivi si vieta ai giudici del fatto di proferire una condanna in vista di una confessione che non sia stata fatta solennemente nell' udienza e che non sia corroborata da altri mezzi di prova.

1 V. la mia Memoria nel nuovo Arch. del Dir. Crim. XIII, p. 126 e seg.

2 *Aftergeschworne,* nome che vi dà il signor Hinsberg nelle sue memorie relative al progetto, p. 4.

3 V. la mia Memoria nel nuovo Arch. del Dir. Crim. XIII, p. 131.

4 Ivi, p. 134. (L'art. 168 di quel progetto, a cui si riferiscono le osservazioni che qui fa l'Autore, leggesi piu sopra a pag. 95 nota 4).

Or che significa quel *solennemente?* Non lo si può dedurre da nessun passo della legge, tanto ne è imprecisa la redazione. Basterà poi, perchè la confessione si dica corroborata, che i fatti in essa compresi non siano contradetti da altre prove? Oppure dovranno propriamente concorrerne altre? E di quale natura? Basteranno più indizj? Il quesito se la confessione possa dirsi corroborata dalle prove, non può essere risolto che dal criterio del giudice (*).

Il progetto vieta inoltre di prestar fede alla deposizione di un testimonio *unico,* quando non sia corroborata da altre prove. E qui nuovi dubbj. Che qualità deve avere quel testimonio? Come dev'essere corroborata la sua deposizione? Basterà, p. e., che sia confermata da qualche indizio o da una confessione stragiudiziale?

E perchè poi il legislatore, dal momento che voleva vincolare il criterio del giudice, lo ha fatto soltanto per i due punti surriferiti, lasciandolo affatto libero nel restante e in guisa che potrebbe condannare sopra meri indizj, o sopra deposizioni di testimonj sospetti? Ciò non pare molto conseguente. Il legislatore ha creduto di dare una salvaguardia all'imputato, ammettendo nell'art. 179 la querela di nullità [5] per le violazioni dell'art. 168. Ma allora la vedremo invocata ad ogni momento, poichè è troppo facile il dimostrare che la confessione e la testimonianza non sono debitamente corroborate, o che la confessione non è pura, sibbene qualificata, od anche ritrattata. Di tal maniera adunque, e per l'indole stessa della cosa, i così detti giudici del diritto, diventeranno, nella più parte dei casi, giudici del fatto, e ne decideranno indirettamente, sebbene (non essendovi chiamati), non abbiano forse prestata sufficiente attenzione allo svolgimento del processo. Prescindendo adunque dalle grandi spese, che quel sistema avrebbe portate con sè, la pratica ne avrebbe svelata l'indole ibrida, atta a produrre ritardi, e insufficiente ai suoi scopi [6].

(*) Infatti il Reg. austr. dice soltanto che la confessione *può* servire di prova, quando s'accordi, nell'essenziale, *coi dati* raccolti sulle circostanze del reato (§ 264 *d*). Questo giudizio, come si vede, è rimesso al puro criterio e convincimento dei giudici — A.

5 Hinsberg, l. c., p. 7, ha dimostrato che questa querela di nullità non è d'alcun utile per l'accusato.

6 Questo progetto bavarese venne censurato anche da Dresch nell'Arch. di Müller per la legislazione moderna, vol. I, fasc. 3, p. 476.

CAPITOLO XII.

Esame del sistema adottato dalla ordinanza criminale olandese.

Nell'ordinanza criminale olandese, della quale abbiamo già riferite le disposizioni nel Cap. IX, (pag. 94) si cercò di congiungere i vantaggi del Giurì, con quelli di una teoria legale di prove, essendosi bensì vincolati i giudici giurisperiti a certe regole, ma essendosi anche imposto loro di proferire una condanna solamente in quei casi in cui essi fossero, nel tempo istesso, intimamente convinti della reità dell'accusato. Ma anche nella interpretazione di quest'ordinanza sorgono parecchie difficoltà: e domandasi anzi tutto [1] se abbiasi voluto dire solamente che il giudice non è obbligato ad attenersi ciecamente alle prove (che, p. e., non è costretto a condannare sulla deposizione di due testimonj); ma che dee dapprima esaminare se egli sia *anche* intimamente convinto della reità; vale a dire, se la verosimiglianza della prova legale sorga eziandio dalla concorrenza e dall'accordo di tutte le altre circostanze del processo. Se tale è il senso di quell'ordinanza, scorgesi tosto che non altro viene ad esprimere, se non ciò che già vedemmo nella teoria alemanna; poichè anche il giudice tedesco non è schiavo delle regole di prove. Egli pure non è in obbligo di condannare pel solo motivo che vi siano due testimonj i quali depongono contro l'accusato; sibbene pel motivo che sono in perfetto accordo tra di loro, e perchè ciò che hanno deposto è reso verosimile dal trovarsi conforme a quello che, per altra fonte, è già provato nel processo, d'onde appunto nasce il convincimento ch'essi meritano fede. Così intesa adunque quell'ordinanza non contiene nulla di nuovo [2].

Se poi si volle significare con quella, che il giudice, quand'anche il fatto risulti certo, secondo le norme di prove, può nondimeno considerarlo come incerto, qualora il suo personale convincimento non sia intieramente d'ac-

1 Io ho esaminato questo progetto olandese nella memoria inserita nell'Archivio del Dir. Crim., vol. XIII, p. 491.

2 Rappard, *Aanmerkingen op het ontwerp van den Wetboek op het Strafregt* (osservazioni sul progetto di codice penale) fasc. I, p. 46. — Den Tex, osservazioni c. s., fasc. 4, p. 417.

cordo coi risultamenti delle prove, per modo che se dovesse decidere come giurato, assolverebbe: in tal caso resta molto da dire. Chi non vede che la seconda parte della regola annulla la prima? E in vero, se la legge vuole che il giudice debba anche essere convinto, viene a tramutarlo in un vero *Giurato;* tutto allora è rimesso alla sua coscienza, e se appena gli rimanga un dubbio qualunque sulla reità, egli non è più in obbligo, per quanto la prova sia completa, di pronunziare una sentenza di condanna. E siccome non si dicono i motivi dell'intimo convincimento, così basterà che il giudice dichiari seccamente in consiglio: *Io non sono convinto,* perchè la sentenza di condanna riesca impossibile. Ma chi sedè lungamente nei Tribunali, sa benissimo che spesse volte rimane un qualche lieve dubbio, benchè ogni savio giudice debba confessare che, giusta le norme anche più rigorose di prova, la certezza è dimostrata; il che avviene, a modo d'esempio, allorquando non si sa concepire come mai l'accusato, uomo di bassa e debole corporatura, abbia potuto eseguire il fatto a cui richiedevasi gran forza fisica; oppure, allorquando non si capisce bene in qual modo l'accusato abbia potuto appiccare un incendio, di cui tuttavia è confesso.

Eppure, secondo quella legge, tali dubbj sarebbero sufficienti a giustificare un voto di non colpabilità. Si pensi che le regole di prova furono saviamente adottate dalla legge, come un riassunto di ciò che una lunga esperienza e i dettati della ragione trovarono di più acconcio per iscoprire la verità; e si scorgerà quanto sconvenga permettere al giudice di annullare, per un suo dubbio individuale, il risultamento a cui conducono quelle regole; sconvenienza che pur procede inevitabilmente dal voler congiungere insieme il dovere di obbedire a una teoria legale di prove, colla assoluta indipendenza del Giurì.

E come dovranno poi, secondo questa ordinanza, formularsi i motivi della sentenza? Oltre quelli che si riferiscono alle regole di prova, dovranno indubbiamente contenere, a guisa di motivo principale e decisivo quest'altro: che i giudici avevano l'intimo convincimento della reità. Ma e se non tutti i giudici fossero stati convinti, dovrà farsene menzione nei motivi? E questo farà buona impressione? E gioverà a diffondere fiducia il dire che quel convincimento era soltanto della maggioranza dei giudici?

Conchiuderemo pertanto col manifestare la nostra opi-

nione, che da quella ordinanza olandese non potrà guadagnare al certo la giurisprudenza, nè si accresceranno le guarentigie pel trionfo del diritto.

Aggiunta inedita.

Dopo la publicazione della presente opera, (nel testo originale) meditando nuovamente sul soggetto di questo capitolo XII, e richiedendo informazioni da pratici stranieri, l'Autore si è dovuto persuadere come non fossero pienamente fondate le obbiezioni da lui mosse al sistema olandese, e massimamente su quella regola che i giudici non siano in dovere di condannare se non quando, oltre le condizioni legali delle prove, concorra eziandio il convincimento loro proprio. L'esperienza insegnò che se da molti quelle regole date dalla legge possono essere considerate superflue, sia perchè un giudice assennato sa ugualmente scoprire il vero, sia perchè la loro forma piuttosto vaga non basta a istruire i giudici; molti altri, per lo contrario, le reputano convenienti e giovevoli, perchè trovano in esse una guida nella discussione delle prove e nella motivazione della sentenza, anzichè un vincolo al loro criterio. Il precetto poi che debbano condannare solamente alloraquando siano propriamente convinti della reità, assicura loro la indipendenza del giudizio, altro non significando fuorchè non hanno obbligo di condannare quando sussista un ragionevole motivo di dubbio. E accade frequentemente, nella pratica, che i giudici, quando danno il loro voto, esprimano quali sono quei dubbj in forza dei quali non si sentono convinti; laonde, ponendosi la cosa in nuova discussione, o chi aveva promosso il dubbio insiste nel non dirsi persuaso, oppure finisce col dichiarare di averlo affatto sgombrato, ed accede alla sentenza di condanna (*).

(*) L'esempio che ci dà il chiarissimo Autore di recedere da opinioni prima professate, può servir di lezione a coloro che si credono in debito d'insistere a qualunque costo in ciò che hanno una volta sostenuto. L'ordinanza olandese pareva anche a noi che non meritasse le severe censure che si leggono nel testo, e che invece conciliasse lodevolmente la libertà del giudice colla tutela dell'innocenza; in ciò non dissimile dal sistema austriaco — A.

CAPITOLO XIII.

Giurì e sistema legale di prove (*).

Le obbiezioni degli avversarj della teoria legale di prove, da noi riferite nel Cap. VIII, fecero crescere in questi ultimi tempi il numero di coloro che non trovano omai più altro scampo che nel Giurì. Prescindendo anche dai vantaggi politici di questa instituzione, e guardandola anche soltanto dal lato giuridico, essi la trovano un mezzo acconcio per far trionfare la verità, perocchè i giurati non seguono altra guida che quella dei precetti generali conducenti alla certezza, senza alcun vincolo a determinate norme legali. Queste costringono troppo spesso i giudici giurisperiti ad assolvere, contro il proprio convincimento, foss'anche solo per deficienza di qualche formalità voluta dalla legge o di qualcuna delle stabilite condizioni. Or chi non vede qual grave danno ciò arreca allo Stato?

Per lo scopo della presente opera noi ci proponiamo soltanto il quesito: se il Giurì, pel motivo che non segue regole legali di prova, meriti la preferenza a paragone dei Tribunali composti di giudici permanenti, e se sia veramente più atto a scoprire la verità. Ma anche limitandoci a questo, non possiamo rispondervi senza considerare più da vicino anche l'essenza del Giurì.

I caratteri distintivi del Giurì [1] sono, come è notorio, i seguenti:

1.° Decidono i cittadini stessi; e questi sono scelti tra il popolo, e per il solo caso speciale di cui trattasi;

2.° Decidono soltanto la quistione di fatto;

(*) Non sarà discaro ai lettori di trovare in questo capitolo un compendio di quanto fu scritto di più notabile sulla celebre e tuttor viva quistione del Giurì. Nel testo e nell'aggiunta è rappresentata la condizione attuale di questo istituto, dopo tante discussioni e tanti esperimenti, in parte falliti, in parte troncati. Noi abbiamo riferiti testualmente qua e là alcuni brani della pregievolissima operetta dell'avv. Giuseppe Pisanelli, *Dell'istituzione dei giurati*, la più recente che sia comparsa; lodata sopratutto per somma imparzialità; e così facendo abbiam voluto far spiccare ancor più gli argomenti addotti pro e contra in tanta quistione; la cui importanza (forse più politica che giuridica) non può essere disconosciuta nemmeno da quelli che pongono innanzi a ogni altra la considerazione della pratica utilità — A.

1 Intorno alla letteratura relativa a questo argomento vedasi la mia *Proc. pen. ted.*, l. 218, e l'aggiunta al presente capitolo. —

3.° Non seguono norme legali, ma unicamente la loro intima convinzione, senza palesarne i motivi;

4.° Per effetto del diritto amplissimo di ricusa, i giurati figurano come giudici a cui l'accusato si sottopone spontaneamente.

Ora ecco le obbiezioni più importanti, colle quali si cercò di abbattere il merito dei Giurì [2].

1.° Essendo la sorte quella che determina quali persone debbono comporre il Giurì nel processo di che trattasi (*), può accadere che i chiamati a decidere siano dodici persone incolte od inesperte, fors'anche deboli di mente. Si trema, dicono gli avversarj, quando si pensa a questa ipotesi, in cui e la società e l'innocenza sarebbero in tanto pericolo.

2.° Siccome i giurati non seguono alcuna regola di prova e non manifestano i motivi delle loro decisioni, può facilmente accadere, che scambiando per una prova l'effetto d'un impulso momentaneo: ammaliati talvolta dall'ipocrisia di un accusato: tal'altra irritati per la sua petulanza, seguano soltanto l'impressione del sentimento, e condannino gli innocenti ed assolvano i rei.

3.° Accadrà anche nel consiglio dei giurati, quello che sempre accade in qualunque adunanza, che, cioè, un pajo di presuntuosi schiammazzatori ne impongano agli altri; donde poi l'espressione della così detta maggioranza sarà invece l'effetto di quel predominio, che la facondia di uno avrà esercitato su gli altri.

4.° Non avendo obbligo di manifestare i motivi della decisione, i giurati hanno tra le mani un'arma terribile. L'ostinazione dell'uno [3]: la leggerezza dell'altro: l'odio e la passione d'un terzo, saranno gli elementi del loro voto; e non essendo essi tenuti a motivarlo, non vi può essere

2 Vedi sopratutti Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschwornengericht* (considerazioni sul Giurì). Landshut 1813; e *Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit* (considerazioni sulla publicità ed oralità), parte II, p. 420-491 — Sparre Wangenstein *Ueber das Geschw.* (sul Giurì). Lipsia 1819 — Mézard, *Du principe conservateur*, ecc. Paris 1820 — Vedi le opere da me citate nella mia *Proc. pen. ted.*, l. c. relative alla introduzione del Giurì nel cantone di Vaud — Bentham *L'organisation judiciaire*, p. 225 — Den Tex, *Bydragen tot regtsgeleerdheid en Wetgeving* (saggi di giurisprudenza) 1829, fascic. 4, p. 287 — 347 — Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, p. 23, 242-297. (Lib. iv, c. ii, c xiv-xvii.).

(*) Vedi la nota (*) a pag. 100 — A.

3 Vedi alcuni esempi d'ostinazione e delle tristi sue conseguenze nel mio *giornale di legislazione straniera*, vol. V, pag. 159.

nè deliberazione, nè ponderato esame degli argomenti pro e contra; in guisa che manca ogni guarentigia di una coscienziosa e diligente discussione, e d'una giusta sentenza.

5.° Anche l'inappellabilità delle decisioni del Giurì è di pericolo per lo Stato e per l'innocenza, tolto essendo al condannato questo rimedio di legge, col quale ottiene di far esaminare la cosa da giudici diversi.

6.° Che se noi interroghiamo l'esperienza, principalmente in Francia, ci dà del Giurì una poco favorevole testimonianza [4], poichè dimostra come i giurati, in luogo di votare secondo la loro coscienza e secondo le prove, trascorrono a considerare la gravità della pena stabilita dalla legge; e di tal maniera (continuano gli avversarj) sotto il pretesto della *onnipotenza* del Giurì [5], e sotto il manto immorale d'uno spergiuro pietoso, i giurati assolvono anche taluni colpevoli, persino confessi, solo perchè la pena portata dalla legge loro sembra troppo grave.

7.° La pretesa separazione tra la quistione di fatto e quella di diritto, da cui si suol ripetere il carattere distintivo del Giurì, in confronto coi giudici giurisperiti, è, secondo gli avversarj [6], una mera illusione, dappoichè quasi tutte le così dette quistioni di fatto a cui i giurati rispondono, si risolvono in quistioni di diritto. La decisione che l'accusato sia colpevole di falso (*) o che abbia commesso o tentato un furto mediante insalizione (**), comprende in pari tempo una decisione di diritto, essendo infatti la legge che determina i caratteri del falso, e il vero senso dell'insalizione o dell'attentato punibile. Ora, se per lo stesso

4 Vedi l'opera *Merkw. Urtheile französ. Rechtsgelehrter über das Geschwornengericht* (Giudizj notevoli di giureconsulti francesi, intorno al Giurì) Berlino, 1819.

5 Vedi le opere citate nella mia *Proc. pen. ted.*, I. 225, e Den Tex, l. c., p. 304.

6 Feuerbach *op. cit.*, pag. 201 — Mézard, *Du principe*, ecc. pag. 100.

(*) Il reato di falso contiene per lo più fatti che nel cod. pen. austr. sono truffe; e per l'argomento qui addotto contro il Giurì può citarsi precipuamente il *falso in scritture publiche o private*, cioè la truffa mediante falsificazione di documenti; in cui la quistione di fatto è quasi sempre congiunta a quella di diritto sugli effetti della falsificazione — A.

(**) E nel cod. austr. il furto *di cose rinchiuse* (versperrten) (§ 174 II *d*). E tale il furto d'un sacco da un carro, su cui era assicurato con corde? In questo e simili casi i giurati, decidendo che il furto fu commesso sopra cose rinchiuse, deciderebbero una quistione che è anche di diritto, e determinerebbero l'applicazione d'una pena più rigorosa, (p. e., se quel sacco valesse più di 50 fiorini, §§ 173, 174 II *d* e 178) — A.

giudice giurisperito si richiede intelligenza acuta, perfetta cognizione delle leggi e lunga pratica, a saper decidere rettamente siffatte quistioni, come potrà deciderle il giurato senza coltura legale e senza pratica? Nei delitti di stampa poi è assolutamente impossibile disgiungere la quistione di fatto da quella di diritto [7]; per modo che la decisione dei giurati stabilisce ad un tempo la sussistenza del delitto di stampa e determina l'indole giuridica del fatto. La formola generale, insomma, colla quale i giurati debbono rispondere, cioè *not guilty* (in Inghilterra) e *non coupable* (in Francia) decide tanto il fatto materiale quanto la punibilità di esso.

8.° In tempo d'eccitamento politico, quando si stanno a fronte partiti irritati, il Giurì diventa un tribunale di terrore. Sventurato colui che è tratto dinanzi a un giudizio, che è composto unicamente de'suoi avversarj politici! Non lo salva il diritto di ricusa; tutto un partito gli è contro; lo spirito del quale e la voce della stampa, esercitano tale influenza sulla decisione dei giurati, da non potersi sperare nè concepire che possa essere imparziale. E se il Governo è forte ed energico può influire sui giurati ancor più facilmente che sui giudici permanenti (*).

9.° Il pericolo, come cercano di provare gli oppositori del Giurì, è inerente all'essenza stessa di esso e non potrebbe evitarsi con qualsiasi sistema d'organizzazione; e già sorgono difficoltà anche soltanto rispetto al numero dei voti di cui si abbia da accontentarsi. Richiedere la semplice maggioranza parrebbe inconseguente [8]; e se vuolsi la unanimità si corre rischio di venirne a quelle funeste esperienze che ci presentò l'Inghilterra, d'un giurato che osti-

7 *Proc. pen. ted.*, II, 362.

(*) Pisanelli, parlando dei difetti del Giurì, annovera anche la parzialità in alcune specie di cause. « Questa imperfezione, si nota principalmente nelle dispute, nelle quali si mescola qualche passione o pregiudizio popolare; tali sono i casi in cui un ordine di cittadini esercita i suoi diritti contro la società, come quando il clero piatisce per le decime; quelli ne'quali una classe di persone, adempie un dovere molesto agli altri, come fanno coloro che son preposti alla riscossione delle publiche entrate; quelli ne'quali uno de'litiganti ha un'interesse comune e l'altro opposto a quello de'giurati, come nelle contestazioni tra i proprietarj e i coloni; infine quelli ne'quali gli spiriti sono accesi da dissentimenti politici o da odii religiosi. » pagina 176 — A.

8 *Proc. pen. ted.* II, 368 — « Chi oserebbe dire che la colpabilità di un accusato sia accertata col maggior grado di probabilità, allorchè di dodici giurati sette lo dichiarano colpevole, ed altri cinque innocente? » PISANELLI, *Dell'istit. dei giur.*, pag. 229.

nandosi nel suo voto, e resistendo più degli altri, perchè più robusto, alla fame e alla sete (*), li costringe ad accedere, loro malgrado, all'opinione sua, e a dare un voto di non reità per la sola mira di togliersi a quella situazione in cui sono condannati di stare, sino a che si mettano d'accordo (**).

Ma tutte queste obbiezioni non sono tali da trascinare con sè chi vuole indagare scrupolosamente la vera indole della cosa. Noi ci proponiamo di esaminare se gli accennati difetti siano proprio inerenti alla essenza del Giurì, o non dipendano piuttosto dal modo ond'è costituito in qualche paese, e se il Giurì non possa presentare altre guarentigie, non riscontrabili nei giudici regolari, e acconce ad assicurare la confidenza del popolo nella rettitudine delle decisioni.

Or che vi siano guarentigie di tal natura non può revocarsi in dubbio da nessuno.

1.° Non di rado il giudice giurisperito, indifferente al voto de' suoi concittadini, a null'altro intende lo sguardo fuorchè al proprio avanzamento ed a procacciarsi il favore di coloro, dalla grazia de'quali dipende la sorte sua e della sua famiglia (***); ma col pretesto della sua autorità uffiziale, si sottrae a ogni biasimo, nulla avendo da temere a cagione d'una sentenza erronea. I giurati, al contrario, si addossano una grave responsabilità morale in cospetto della publica opinione, giudice incorruttibile e inesorabile. Chi ha vissuto in paesi dove è instituito il Giurì, avrà veduto quanta parte il publico prende alle sue decisioni; e quando il giurato, dopo il giudizio, rientra in mezzo ai suoi concittadini, eccolo esposto a rigorosissima censura, ben più efficace di quel che lo sia per un giudice il rimprovero

(*) È noto che in Inghilterra, quando il Giurì si ritira per deliberare, non può più avere comunicazione con nessuno, nemmeno pei bisogni della vita, e rimane senza mangiare nè bere sino a che possa uscirne proclamando una sentenza, in cui tutti e dodici i giurati siano stati unanimi — A.

(**) « L'unanimità è quasi sempre il risultato dell'acquiescenza della minoranza alla maggioranza » Faure, citato da Pisanelli, pag. 95 — È, come dice vivamente Ortolan, *Elem. de Droit pénal* N.° 1880, « une unanimité fictive, obtènue par capitulation, qui n'existe pas en realité. »

(***) « Se il giudice è scelto dal potere esecutivo, il quale diramandosi sopra tutta la società, ed avvalorato da tutte le forze di quella, la irretisce e la stringe, e che perciò si rappresenta alla mente d'ognuno come onnipotente e terribile, chi potrà assicurarmi che un giorno non detterà al giudice, da lui scelto, la sentenza che costui dovrà pronunziare? Non

del suo superiore; laonde è costretto a impiegare una scrupolosa coscienziosità nell'esercizio del proprio dovere.

2.° Laddove il giudice permanente, poco curando bene spesso la sorte della patria sua, e sicuro del proprio stipendio, non è mosso da alcun personale interesse a mantener viva l'efficacia della giustizia punitrice, i giurati, al contrario, quando siffatto instituto sia organizzato a dovere, sono interessati direttamente acciocchè si proferiscano sentenze giuste. E poichè la possidenza fondiaria li pone fra i membri attivi della società civile, desiderano parimente che l'ordine civile e il rispetto per la legge penale si conservino intatti, ben conoscendo essi le conseguenze della impunità dei reati, e sapendo di preparare una difesa anche a sè stessi, col far sì che la pena colpisca rigorosamente i rei. D'altra parte essi hanno vivamente a cuore la tutela della libertà individuale dei loro concittadini, e, conscii che dove la libertà non è in pregio ivi è una minaccia per tutti ed anche per loro, hanno il massimo interesse, a far sì che nessun innocente patisca pena.

3.° Ammettono gli avversarj stessi del Giurì [9] che i giudici giurisperiti, avendo, per loro vocazione, più famigliari i libri che gli uomini, prendono facilmente un ca-

altro può guarentirmi contro questo pauroso pensiero che l'onestà dei governanti e la costanza dei giudici. Ma come pretendere che questa non venisse meno innanzi alle lusinghe, alle minacce di un potere così smisurato? Poco giova l'inamovibilità; perocchè il giudice non obblierà mai d'essere debitore del suo ufficio al governo, ed un governo che vuol perdere un magistrato può riuscirvi in mille guise; nè l'inamovibilità soffoca nei magistrati l'ambizione, e i desiderj degli onori, delle ricchezze, secondando i quali può il potere esecutivo renderli suoi complici. » PISANELLI op. cit., pag. 148.

9 CARMIGNANI, *Teoria*, ecc., Lib. IV, c. XVII: « Le abitudini dello studio, d'una educazione scientifica, il conversare più co' libri che cogli uomini, e più specialmente la consuetudine di giudicare, costituiscono il giudice *magistrato* un essere quasi di una specie diversa da quella del giudice popolare. Non sono sperabili in lui i risultati felici dell'ignoranza, del senso comune, del *sesto* senso fatidico: perocchè egli è dotto, non ignorante: egli ha un senso particolare che lo studio gli ha infuso: egli ragiona o dommaticamente, o scetticamente, e non indovina. » (**).

(**) E Pell. Rossi citato da Pisanelli, op. cit., p. 155 « Più il giureconsulto è colto, più avrà vegliato sopra i libri, più è rimasto lontano dalla vita operosa, e più ancora ignorerà ciò che accade sotto il tetto dell'agricoltore, sui publici mercati, nei caffè, negli alberghi. » A ciò Pisanelli risponde: « La scienza è anch'essa il risultamento dell'esperienza... Colui che ha esercitata la sua mente negli studi, ed ha informato il suo spirito di dottrina, è ajutato ne'suoi giudicj non solo dalle proprie osservazioni, ma ancora da quelle fatte da tutti coloro che lo precedettero.... E inne-

tattere particolare che spesso li riduce all'esclusivo, e loro impedisce di dare il giusto peso ai rapporti dell'umano consorzio, e di fare esperienze, senza delle quali il giudizio sul valor delle prove riesce grandemente incerto. Ai giurati, all'incontro, i quali hanno comuni coi loro concittadini le esperienze della vita, può assai meglio confidarsi il mandato di decidere sopra fatti e circostanze, il cui vero valore s'apprende dalla vita ordinaria; come quando, a modo d'esempio, si tratta di conoscere quanta fede meriti un testimonio che fu altra volta condannato criminalmente, o se un giovinetto possegga il necessario discernimento.

4.° Confessano parimente gli stessi più forti avversarj del Giurì [10], che, per lo meno nei delitti politici, i giurati potrebbero, meglio che i giudici permanenti, decidere le quistioni di fatto; p. e., se l'atto incriminato contenga propriamente un ostile attacco contro il Governo, ovvero sia soltanto il legittimo esercizio delle civili libertà. La linea di separazione è lievissima. L'amara censura di qualche abuso del Governo, esposta con tutta la forza della verità e con tinte spiccate: la raccolta di firme di molti cittadini ad una petizione: l'opposizione legale contro qualche illegalità, sono atti che un giudice apprensivo (*), lontano quasi sempre dal consorzio cittadino, immerso ne'suoi studi, e abituato, per conseguenza, a misurare ogni cosa sulla lettera della legge, potrebbe interpretare come attentati punibili contro il Governo; laddove i giurati, in uno stato costituzionale, in cui è libero esprimere pubblicamente la propria opi-

gabile che gli uomini colti, e sopratutto i legisti, non vivono così alieni dalle cose mondane e dai negozj terreni, come si vuol supporre, per metterli al di sotto delle altre classi della società; ma essi anzi s'ingeriscono dei proprii affari e di quelli degli altri.... e le persone del foro son chiamate dalla natura del loro ufficio a rivolgere la mente sopra tutte le relazioni che s'intrecciano nella società, e a scandagliarle con maggior diligenza. » E procedendo dimostra che la vera obbiezione contro i magistrati permanenti sta in ciò, che collo studio della legge s'abituano a ridurre tutti i fatti sotto le prescrizioni di essa, ed a riscontrare colla legge la sola parte esteriore del fatto su cui devono giudicare; a raffigurare insomma il fatto a traverso la determinazione della legge; mentre il Giurì lo guarda nel concreto, lo studia ne' suoi particolari, n' esplora la parte intima e recondita, e così lo coglie qual esso è veramente.... (pag. 157) — A.

10 Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, pag. 365. (Lib. iv. c. xx).

(*) Se non erriamo, l'Autore volle dipingerci un giudice che di tutto s'adombra, che è facile a veder nero, che sospetta male nelle azioni anche più innocue, *che afferra con la fantasia la lontana apparenza, la possibilità come realtà prossima.* Questo concetto, la lingua italiana lo dà nella voce *apprensivo.* — A.

nione, ben considerandoli vi scorgerebbero unicamente un esercizio delle libertà costituzionali [11]. E chiunque sia imparziale, non potrà negare che per conoscere e valutare giustamente siffatte quistioni politiche, non è punto necessario di conoscere il *Corpus juris*, nè il codice penale. Concessa poi la prevalenza del Giurì in queste materie, è d'uopo ammettere altresì che nei delitti di stampa [12], e particolarmente poi nelle ingiurie, saprà meglio di qualunque giudice dichiarare se, p. e., una certa espressione contenga una offesa all'onore, e se chi la proferì avesse veramente l'animo d'ingiuriare. Ne'quali oggetti non può ottenere il publico suffragio e l'approvazione popolare se non quella sentenza che corrisponde all'opinione dominante [13]; che anzi, in caso contrario, il querelante offeso nulla guadagna dalla condanna dell'accusato, poichè in materia d'onore sono i cittadini che proferiscono la vera sentenza; se dunque decidono i giurati, la loro sentenza sarà davvero l'espressione di quel che pensano i concittadini; e viceversa non si otterrà facilmente che il popolo consideri come espressione del voto publico la sentenza di alcuni legali (*).

5.° A rendere maggiore la confidenza che si ripone nelle sentenze proferite dai giurati contribuisce il numero grande dei voti [14] che decidono, a confronto del picciol numero di membri che siedono in un Tribunale. Dato anche (cosa rarissima) che sette giudici compongano il Tribunale decidente, quattro formano già la maggioranza e bastano per una condanna. Ove si consideri per l'opposto che il Giurì è composto di dodici persone, e che per condannare si richiede in Inghilterra la unanimità, e in Francia una maggioranza d'otto voti contro quattro (**), è ben da credere

11 Per questo motivo in Francia e nei Paesi Bassi, son devoluti al Giurì anche quei reati politici che non portano una pena *criminale* e che sarebbero di competenza della polizia.

12 Così fu fatto nel progetto bavarese del 1831 sulla legge della stampa.

13 V. la mia Memoria nell'*Arch. del Dir. Crim.*, vol. XIII, pag. 280.

(*) Rispetto alle quistioni in materia d'onore sorge gravissima difficoltà allorquando l'opinione comune può dirsi veramente fuorviata da pregiudizj o da errori. Qualche considerazione su questo argomento si trova nei nostri *Studi sul cod. pen. tosc. confr. coll'austr.* Mantova, Negretti 1857, pag. 168 — A.

14 Ne conviene anche Hinsberg, *memorie*, pag. 5.

(**) Sul numero dei voti richiesti per formare la decisione vi fu in Francia una lunga serie di cambiamenti, i quali fanno dubitare se poi

che il publico sia più tranquillo quando la reità è riconosciuta da dodici o da otto cittadini, che non quando soltanto da quattro. E siccome in moltissimi punti concernenti le prove, anche i giudici giurisperiti, come si è osservato a suo luogo, decidono non altrimenti che come giurati, (p. e. sulla credibilità dei testimonj, e sulla concordanza delle loro deposizioni), così egli è evidente che tanto maggiore sarà la fiducia che si riporrà in loro, quanto sarà maggiore il numero dei voti, perchè l'uomo si è abituato a riconoscere una potente autorità nell'accordo di molti (*).

la massima che ora è in vigore sia la migliore. Nel 1791 si stabilì la maggioranza di 10 voti; nel 1798 la sola maggioranza di 7; la legge 19 frutt. anno V volle *l'unanimità*. Il cod. d'istr. crim. del 1808, sanzionò di nuovo la semplice maggioranza; la legge 4 marzo 1831 volle invece la maggioranza di *più di* 7 voti; indi si tornò alla maggioranza di 7; nel 1848 si vollero ancora 10 voti; ma la Costituente, visti i danni di quella soverchia indulgenza, si ricondusse a *più di* 7, e finalmente la legge 7 maggio 1853 ristabilì l'antico art. 347 del cod. d'istr. crim., come segue: « La décision du Jury, tant contre l'accusé que sur les circonstances atténuantes, se forme à la majorité. La declaration du Jury constate cette majarité, sans que le nombre des voix puisse y être exprimé; le tout à peine de nullité ». Queste nozioni le raccogliemmo dall'opera di Ortolan, già citata, e dall'art. di Morin sul Giurì nella Bibl. del Dir. (Venezia); nozioni che ci parve di dover anteporre a quelle alcun poco diverse che dà Pisanelli a pag. 96 e 97 — A.

(*) Secondo il Reg. austr. di proc. pen., il numero dei votanti, nei processi di crimini e delitti, è determinato come segue: In 1.ª ist. due giudici e un presidente; in 2.ª ist. quattro giudici e un presidente; in 3.ª ist. sei giudici e un presidente. Ma in 1.ª ist. se si tratta di un crimine punibile colla morte o con più di 5 anni di duro carcere, si richiedono quattro giudici e un presidente; in 2.ª ist. se si tratta di alto tradimento o di crimine punibile colla morte, si richiedono otto giudici e un presidente; e in 3.ª ist. in questi stessi casi, dieci giudici e un presidente. Il numero dei votanti poi non può essere nè maggiore nè minore di quello stabilito dalla legge. La deliberazione si fa, previa discussione, a maggioranza assoluta di voti. Prima vota il relatore, poi gli altri, incominciando dai più anziani per rango di servizio. Il presidente è sempre l'ultimo; il suo voto non è richiesto dalla legge, se non nei casi di parità tra gli altri voti, e allora è decisivo. Che se egli esterna una terza opinione, oppure se i votanti son divisi in più opinioni, nessuna delle quali riunisca la maggioranza assoluta, senza che giovi il rinnovare la votazione, i voti più sfavorevoli si contano insieme con quelli che sono prossimamente meno sfavorevoli. La maggioranza è legge per la minoranza, con questa sola eccezione: che nella votazione sulla pena è libero a quei giudici che votarono per la non reità, di astenersi dal votare, e si reputano aderenti all'opinione più favorevole per l'imputato. (§§ 17-24) — In molti casi si è dovuto riconoscere che per l'importanza e delicatezza del titolo su cui versava l'accusa, era desiderabile in 1.ª ist. un consesso più numeroso. Ma ognun sa, e lo riconosce lo stesso cons. Hye, che sul numero dei giudizj collegiali e dei giudici che li compongono dovettero influire i riguardi finanziarj, *altrettanto serii quanto inesorabili* (Princ. fond., pag. 27 e 182 ediz. ital.) — A.

6.° La fiducia cresce ancor più pel motivo che l'accusato può esercitare contro i giurati un ben più ampio diritto di ricusa che non contro i giudici permanenti [15]. Certamente possono essere ricusati anche questi, ma soltanto per titoli determinati tassativamente dalla legge; ma questo non basta; sovente l'accusato ha dei motivi che lo persuadono non poter egli aspettarsi nulla di buono da questi giudici; egli conosce, p. e., quali intimi rapporti passano tra il giudice A e l'accusatore, la cui figlia è forse a lui fidanzata; egli sa che il giudice B non gli perdonerà mai certe controversie che si agitarono fra di loro, fors'anche in epoca remota (*); eppure non potrebbe dimostrare quei titoli che propriamente vorrebbe la legge. Nè dicasi che l'uomo onesto non si lascerebbe movere, come giudice, da siffatti rapporti personali; perchè il giudice è pur sempre uomo, e v'hanno pur troppo de'casi in cui il giudice sta peritoso tra due opinioni: e allora sopravviene qualche considerazione che sente della passione ond'egli è animato, come uomo; in guisa che finisce per inclinare da quel lato che è il più sfavorevole per l'imputato, illudendosi d'aver seguito soltanto il proprio convincimento.

E nei processi politici qual peso non hanno nella determinazione del voto certe idee politiche dei giudici, e certe opinioni di partito? L'accusato sa già che da tali uomini apprensivi, devoti al partito dominante più che al vero, non può aspettarsi mai una assoluzione, e nondimeno non li può ricusare, perchè la legge non ha messo anche questo tra gli altri titoli di ricusa. — Guardisi all'incontro alla situazione dell'accusato, che può ricusare i giurati. Quanto è migliore! Che anzi con tal savia legge quelli non ricusati vengono ad essere propriamente giudici a cui l'accusato si sottopone spontaneamente, e con tutta fiducia. E siccome la confidenza del popolo nella rettitudine delle sentenze, dipende dal creder esso che i giudici siano del tutto imparziali, quelli che l'accusato stesso ha prescelti, si rappresentano al certo quali giudici imparziali in sommo grado, e infondono per conseguenza la massima fiducia.

15 V. la mia *Proc. pen. ted.* I, 123.

(*) P. e., controversie letterarie, nelle quali quegli che ora è giudice fosse rimasto soccombente — A.

Ma tutti questi vantaggi perdono la loro importanza se la parte più educata della nazione (poichè non è da tener conto di quel che crede la massa, tanto facile a lasciarsi raggirare, e tanto aliena dal ponderar bene le cose) diffida delle sentenze de' giurati, pel timore che, non essendo vincolati a nessuna regola di prova, decidano unicamente secondo il loro arbitrio, o senza fondamento, od anche illusi dalle apparenze. Ai loro occhi, insomma, tutti gli argomenti detti fin qui, possono al più far nascere la fiducia che i giurati *vogliano* scoprire la verità, ma non anche quella che *possano* sicuramente farlo. E allora sorge la quistione: come si potrebbero conciliare col Giurì le regole di prove? [16]

Interroghiamo l'esperienza di Francia: certamente sembra che le regole di prova stiano in opposizione col Giurì; perocchè il *Code d'instruction criminelle* non ne parla, come non ne parlano gli scrittori che spiegarono queste materie. Anche l'istruzione che vi si contiene per i giurati [17] conduce a credere che essi non siano tenuti di seguire alcuna di quelle regole che la scienza insegna; e sembra piuttosto che loro unica guida debba essere quel sentimento che non si può spiegare, e che è figlio dell'impressione ricevuta. Eppure questo modo di vedere non ci par giusto. Bensì ammettiamo volontieri, che il legislatore francese abbia troppo precipitosamente e senza la debita ponderazione, trapiantato in Francia codesta instituzione inglese [18], e che da ciò sia sôrta l'idea che nel deliberare intorno alla verità dell'accusa, i giurati abbian da fare una operazione del tutto diversa da quella che compiono i giudici. Nondimeno anche il legislatore francese dice in

16 V. la mia Memoria nel *nuovo Arch. del Dir. crim.*, vol. XIII, p. 291.

17 Art. 342: « La legge non domanda conto ai giurati dei mezzi che hanno servito a convincerli, non prescrive loro alcuna regola, dalla quale debbano fare particolarmente dipendere la pienezza e la sufficienza di una prova; essa prescrive loro d'interrogare sè stessi nel silenzio e nel raccoglimento, e di cercare nella sincerità della loro coscienza, quale impressione abbiano fatta sulla loro ragione le prove riportate contro l'accusato ed i mezzi di sua difesa. La legge non dice loro: *voi terrete per certo ogni fatto attestato da un tale* o *tal numero di testimonj*. Essa neppure loro dice: *Voi non riguarderete come sufficientemente stabilita ogni prova che non sarà formata col tale processo verbale, col tal documento con tanti testimonj*, o *con tanti indizj*. Essa non fa loro che questa domanda, la quale racchiude tutta l'estensione dei loro doveri: *Siete voi intimamente convinti?...* »

18 V. la interessante memoria di Goldbery nel mio giornale di legislazione straniera, P. III, pag. 288.

quella sua istruzione che le *prove* devono agire sulla *ragione*; ossia presuppone che l'atto di ponderare le prove (che è al certo uno degli obblighi de'giurati) sia un atto dell'*intelligenza*. Parimente anche il *Code d'instr. crim.* [19] ammette certe limitazioni di prova; vietando p. e., di sentire, in qualità di testimonj, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle ed il conjuge dell'imputato; oppure dando de'precetti, benchè assai incompleti, sul modo di valersi delle prove.

Ben migliore si presenta il sistema del Giurì in Inghilterra, che ne è la vera patria. Egli è vero, bensì, che anche la *legislazione* inglese non conosce regole di prova, del genere di quelle che si trovano nelle leggi tedesche; ma è noto che la così detta *common law* [20] contiene un corpo di regole determinate, alle quali i giudici si attengono esattamente, perchè quella legge è considerata parte importantissima del diritto inglese, e rendesi tanto più popolare quanto più è osservata; e mentre è oggetto di scientifici studi, si perfeziona per mezzo della pratica giudiziaria. Ora questa *common law* contiene una vera teoria di prove, che somiglia alla tedesca nel suo concetto; le regole della quale (*rules*) riguardano i seguenti punti: [21];

1.° Sui mezzi di prova che si possono impiegare; per esempio, quali testimonj non possono assolutamente sentirsi in esame; quali, viceversa, possono bensì esaminarsi, fatto però obbligo ai giurati di valutare poi qual grado di fede meriti la loro deposizione [22];

2.° Sul modo di assumere le prove; p. e., le testimonianze;

3.° Sulle condizioni richieste per la credibilità delle prove; p. e., quanto perde una confessione se venne estorta con promesse, o con minacce, ecc. [23];

4.° Sulle condizioni volute affinchè i documenti facciano prova;

5.° Sulle considerazioni da farsi nel giudicare del valor delle prove, p. e., nel valutare gli indizj [24].

19 Art. 322.

20 Legge comune consuetudinaria. V. la mia *Proc. pen. ted.*, I, 99.

21 V. la mia memoria nell'*Archivio*, vol. XII, pag. 506 e XIII, p. 291.

22 P. e., nella testimonianza dei parenti — PHILLIPS, *Treatise on the law of evidence* (Trattato sulla legge della prova), vol. I, pag. 374.

23 RUSSEL, *on crimes and misdemeanors* (Dei crimini e dei delitti), vol. II, pag. 644.

24 Vedasi su di ciò una memoria nel *Law Magazine*, fasc. 14, p. 348. (Intorno a queste regole della giurisprudenza inglese vedasi ciò che si è scritto più ampiamente a pag. 86 e segg. della presente opera).

Consultando poi le opere di Starkie, Phillips, Bentham, si scorge che, in sostanza, contengono le stesse regole di prova che noi leggiamo ne' nostri codici, colla sola differenza che in questi si trovano esposte in modo assoluto, p. e., che la confessione non fa prova, se non quando abbia le tali o tali altre condizioni, e il diritto inglese invece le espone soltanto come cenni direttivi, per guida dei giurati. Ma è poi decisivo e capitale il principio del diritto inglese, che le quistioni « se una prova sia ammissibile, o se tal' altra resti infirmata dall'inosservanza di qualche regola », son considerate quistioni di diritto [25] attinenti alla *law of evidence* (legge sulle prove), la risoluzione delle quali, per conseguenza, spetta ai giudici giurisperiti. Avviene pertanto sovente nel corso d'una procedura, che il giudice decida previamente sull'applicazione di certe regole di prova; e tal sua decisione è poi osservata scrupolosamente dai giurati. E del pari avviene benespesso che anche dopo la deliberazione del Giurì nasca qualche importante quistione di diritto relativa alle prove, la quale è devoluta a dodici giudici, i quali poi decidono se debba sussistere ciò che ha deliberato il Giurì. V' ha, finalmente, in Inghilterra una serie di opere popolari che inculcano e spiegano ai giurati quelle regole, che poi la tradizione diffonde per il popolo; e il giurato non sa altro fuor questo, ch' egli dee proferire il suo *verdict* (*vere dictum,* verodetto, decisione) secondo le regole di prova e secondo la legge che le contiene (*law of evidence*).

L'eccellente codice della prova (*Code of evidence*) di Livingston fu scritto in questo senso [26], e sarebbe grave errore il credere che i giurati fossero stati abbandonati a sè stessi e avessero facoltà di seguire unicamente la loro persuasione. Il Codice di procedura di Livingston conferisce anch'esso al Tribunale il diritto di rimandare i giurati nella camera della deliberazione, quando gli sembri che abbiano violate le regole sulle prove.

Tutto ciò dimostra qual sarebbe la giusta via da seguire per imporre in questa materia savie regole al Giurì. Noi troviam necessario che la legge di procedura dia convenienti precetti sul modo di verificare le prove e di ap-

25 Vedansi alcune considerazioni nella mia *Proc. pen. ted.* II, 365.
26 V. più minuti particolari nel *nuovo Arch. del Dir. Crim.*, vol. XII, pag. 509.

plicarle, e che dichiari l'inammissibilità di alcuni testimonj; che, inoltre, sia redatta una istruzione, contenente tutti gli avvertimenti da osservarsi per giudicare della credibilità delle prove, in quel modo che vedesi fatto nelle opere inglesi. E vi si dovrebbero inserire quei precetti che noi troviamo nelle leggi tedesche, ma non già allo scopo di vincolare in modo assoluto il criterio dei giurati, sibbene per richiamarvi la loro attenzione. Il loro giuramento poi dovrebb'essere formulato in guisa da far loro espresso obbligo di esaminare le prove, giusta l'istruzione anzidetta, e di decidere unicamente secondo quel che risultasse da questo esame; anzi ad ogni giurato si dovrebbe consegnarne un esemplare. Per tal modo si avrebbe nei dibattimenti un modulo con cui esaminare le prove addotte, ed al quale si riferirebbero tanto l'accusatore quanto il difensore; i giurati porrebbero la loro attenzione, eccitata altresì dagli espressi ricordi del Presidente, nel valersi di quei precetti, e otterrebbero il vantaggio di avere, nello scrutinio, un fermo punto d'appoggio; sarebbe tolto il pregiudizio che i giurati abbiano da decidere unicamente a seconda dell'impressione ricevuta, e la loro decisione, insomma, si risolverebbe davvero nel risultamento di una ponderata valutazione delle prove.

Il Giurì adunque può certamente essere utile; ma soltanto concorrendo certe condizioni, che il Giurì francese non ci assicura punto. Le quali condizioni a nostro giudizio, dovrebbero essere le seguenti:

1.° La legge relativa alla formazione del Giurì deve procurare che si pongano nella lista dei giurati que' soli cittadini, nei quali si può sperar di trovare un vivo interesse per il bene della civile società, ed una sufficiente intelligenza [27]. Il ricco censo fa *supporre* che il possessore sia altresì interessato al mantenimento dell'ordine publico; ma non dobbiamo dar tanto peso a codesta condizione, da costituirne la norma unica; si ammettano anzi a formar parte della lista de' giurati, anche talune classi di cittadini, che, per la loro più alta educazione, dan guarentigia di altrettanta idoneità, senza riguardo al lor patrimonio (*). Si

27 V. la mia memoria nell'*Arch. del Dir. Crim.*, vol. XIII, pag. 287.

(*) « Il censo stabilisce una presunzione, ma non una sufficiente garentia nè della *sufficienza*, nè della probità. D'ordinario un uomo agiato riceve un' educazione ed una istruzione conveniente al suo grado, e quindi ragionevolmente può fondarsi sopra il censo una conjettura di capacità....

faccia altresì in modo che la riduzione della lista sia eseguita da persone meritevoli d'universale confidenza, le quali adempiano a questo ufficio soltanto per il bene del paese [28]; e concedasi poi all'accusato un ampio diritto di ricusa, stabilito sopra massime liberali (*). Per tal via è lecito sperare che le persone componenti il Giurì abbiano veramente e la capacità di scoprire il vero, e il proposito di riescirvi, e di decidere secondo la verace loro convinzione.

2.° Siavi una istruzione sulle prove, quale l'abbiam più sopra spiegata e difesa. Quando infatti siasi adoperato ogni mezzo per sradicare il pregiudizio che i giurati abbiano da seguire unicamente la loro impressione, o il capriccio, o le propensioni personali, s'è data una malleveria che nel deliberare faranno una razionale estimazione delle prove. Nè vale opporre che questa idea non si concilia col Giurì francese, e che in Inghilterra non ha fondamento in una legge scritta. Reputerem noi forse che il Giurì francese sia un tipo perfetto? Le regole di prova poi, che segue il Giurì in Inghilterra, si trovano, come si disse, nelle consuetudini, ossia nella *common law,* che è stimata e osservata quanto una legge scritta. Oltre a ciò il Giurì, come ogni altra istituzione, può far progressi e perfezionarsi; nè è detto che sempre debba rimanere uguale la primitiva sua forma, quale è sòrta in tempi in cui la legislazione era ancora bambina e decidevano *tutti* gli scabini, senza qualsiasi norma di prove. Il savio legislatore s'avvantaggia dei progressi del tempo, per migliorare le vecchie instituzioni.

3.° Ma se vuolsi che il Giurì dia buon frutto, è ne-

Ma quanti, privi affatto di fortuna, sono, non pertanto, più istruiti e più virtuosi dei ricchi e dei ricchissimi; e quanti de' ricchi e de' ricchissimi sono ignoranti e corrotti? » PISANELLI, op. cit., pag. 189. Egli però spinge la cosa all'eccesso, volendo che i giurati siano uomini insigniti di laurea o di diploma; poichè ne verrebbe ad essere troppo ristretto il numero, e si toglierebbero i giurati dal corpo degli esercenti professioni od impieghi con pregiudizio delle loro faccende, (p. e., se si trattasse di publici professori in una università), e per di più perdendo il vantaggio della indipendenza personale — A.

28 V. la mia memoria loc. cit., pag. 288.

(*) « La confidenza dell'accusato in coloro che debbono giudicarlo è una condizione indispensabile alla legittimità dei giudizj penali.... » « Allorchè la ricusa è larga e libera, essa risponderà ancora allo scopo di eliminare coloro che, nonostante le precauzioni prese, potranno stimarsi non atti o non degni per l'ufficio di giurati; e si otterrà in tal guisa la maggior sicurezza possibile che i giudizj penali verranno in mano di persone probe e sufficienti. » PISANELLI, op. cit., pag. 222, 223.

cessario, sopra ogni cosa, che la legge penale risponda ai principj dell'equità, e stabilisca una giusta proporzione tra i delitti e le pene; che sfugga le troppo rigorose sanzioni ripugnanti ai progressi della civiltà, e contro le quali l'animo si ribella; e che in pari tempo non imponga al criterio del giudice troppo angusti confini circa la misura delle pene [29]. Dove la legge penale non segua queste massime, avverrà che i giurati, a fronte di ogni divieto, avran dinanzi agli occhi il rigor della pena che verrebbe applicata in conseguenza del loro giudizio di reità, e preferiranno dichiarar l'accusato *non colpevole* per togliersi al timore di aggravar la propria coscienza cagionandogli una punizione sproporzionata. Tale è il motivo delle molte illegali assoluzioni pronunziate dal Giurì in Inghilterra [30] ed in Francia (*). Sopratutto è da raccomandarsi ai legislatori di

29 Anche in Francia è ammesso generalmente che la severità della legge ha talora prodotto la funesta conseguenza di assoluzioni ingiuste proferite dal Giurì. De Gregory, *Projet de Code pénal universel*, Paris, 1852, pag. 6.

30 Wakefield nell'opera *Facts relating to the punishment of death* (Fatti relativi all'applicazione della pena di morte), Londra, 1831, p. 61, riferisce casi notevoli di questa natura.

(*) La dichiarazione di non reità è, in questi casi, « un sotterfugio a cui si appiglia il Giurì, quasi sforzato dalla legge che gli chiude ogni altra via per adempiere alle esigenze della giustizia e tranquillare la sua coscienza.... » Pisanelli, op. cit., pag. 131. E più sopra: « Avviene ciò frequentemente ne' casi di duello. Tradotti i duellanti innanzi ai giurati inglesi o francesi, non ostante che il duello sia appieno provato, il più delle volte il Giurì risponde negativamente alla domanda: se l'accusato sia colpevole. Si ha un bel dire a' giurati, osserva Dumont, ch'essi non debbono giudicare che del fatto; ce ne sarà sempre di quelli che peseranno le conseguenze del loro voto, e che si appiglieranno alle più deboli ragioni di dubbio per non mettere a carico della loro coscienza la morte di un uomo. » — Questa è una necessaria conseguenza dell'aver voluto minacciare contro il duello la pena di morte, come fu dimostrato nei nostri *Studi sul Cod. pen. tosc.*, pag. 136. Dice poi lo stesso Pisanelli « non essere nuovo che i magistrati facciano quel medesimo che suole fare il Giurì, ch' essi, cioè, schivino, con la dichiarazione di non colpabilità, l'applicazione d'una legge che sembra lor dura; di che sia esempio lo stesso fatto del duello in tutti i paesi, nei quali il giudizio intorno ad esso è affidato a' magistrati. » Su di ciò, ed anche per dimostrare che se il duello è ora un avvenimento assai raro, lo è ancor più una procedura giudiziale contro i duellanti, vogliam tener nota di ciò che risulta dal rendiconto dell'Amministrazione della giustizia punitiva presso i tribunali del ceto civile nell'Impero Austriaco durante il 1856, publicato ufficialmente. In tutto quell'anno si presentarono soltanto *otto* denunzie per duello, delle quali una in Lombardia. Per *una sola* di esse fu avviata la speciale inquisizione, la quale fu poi definita con un conchiuso di cessazione (in Transilvania); per modo che nessuna formale accusa, nè dibattimento, nè condanna ebbe luogo per questo titolo. V. *Darstellung der Ergebnisse der Strafrechtspflege in sämmtlichen Kronländern des österr. Staates bei den Strafgerichten des Civilstandes, während des Jahrs* 1856. Wien 1857,

imitare la nuova legge francese [31], giusta la quale vien proposta ai giurati anche la domanda se vi siano circostanze mitiganti, per modo che se i giurati rispondono affermativamente, i giudici sono tenuti di abbassare la pena [32]. Con tal sistema il giurato non si trova più ridotto a dover ricorrere ad una illegale dichiarazione di non reità, assolvendo veri colpevoli per l'eccesso della pena; poichè non ha che a rispondere affermativamente alla domanda sulla esistenza di circostanze mitiganti, per essere certo che i giudici applicheranno una pena più mite.

4.° Pare a noi altresì che sia di vitale urgenza il correggere il metodo attuale di proporre le domande al Giurì. La domanda generica: se l'accusato sia colpevole (*coupable*), abbraccia troppi elementi, ed ha poi altri danni [33], qual è in ispecie quello di trarre i giurati in errore, facendo lor proferire la formola *non colpevole* e quando non trovano constatato il fatto, e quando questo non sembri loro un reato. Molto più sicuro e più ragionevole sarebbe il separare le quistioni, p. e.: *a*) Il fatto, che è oggetto dell'accusa, fu egli commesso? *b*) Fu commesso sotto le tali o tali altre circostanze? *c*) L'accusato ne è reo quale autore principale o qual complice? *d*) Lo ha egli commesso con dolo (prava intenzione), o con colpa (negligenza)? (Benespesso saran da proporre altre particolari domande concernenti la imputabilità). *e*) V'hanno circostanze mitiganti?

5.° L'importanza ed efficacia del Giurì dipende poi principalmente dalla coltura e dalle condizioni politiche del popolo [34]. Solamente colà dove il popolo ha raggiunto quel grado di politica autonomia e di politica educazione, che fa conoscere i proprj diritti e l'importanza di conservarli e guarentirli, e sa mantenere la propria posizione in faccia al governo, guardando con diffidenza a tutte quelle misure e instituzioni che intaccano la libertà dei cittadini;

pag. 62, 116 e 190. E un volume contenente dati preziosi, I quali però sarebbero ancor più utili se fossero accompagnati dalle cifre sulla popolazione dei singoli dominj e distretti, poichè allora si potrebbero instituire confronti di sommo interesse — A.

31 Legge del 28 aprile 1832, art. 5, 7 e 94. V. la mia memoria nel *nuovo Arch. del Dir. Crim.*, vol. XIII, pag. 340.

32 Chauveau, *Code pénal progressif. Comment. sur la loi modificative*, Paris 1832, pag. 12-37.

33 Golbery, nella *Zeitschr. für ausl. Gesetzg.* (Rivista di legislazione straniera), vol. V, pag. 222.

34 V. la mia memoria nel *nuovo Arch. del Dir. Crim.*, vol. XIII, p. 281.

dove si manifesta una viva partecipazione alla cosa publica; dove è compresa l'importanza dell'indipendenza de'giudizj, ed è così diffusa l'educazione da potersi attendere che vi sarà un numero sufficiente di persone indipendenti e istruite; — solamente in paese ed in popolo siffatto può giovare l'instituzione del Giurì. Errano pertanto coloro che considerano il Giurì come l'unica forma acconcia per iscoprire la verità e per amministrar la giustizia. Ed è un errore deplorabile, ma altrettanto comune quello di credere che le forme e gli ordinamenti giudiziarj, perchè sono eccellenti per un popolo, abbiano da produrre uguali frutti anche in un altro; oppure che una instituzione, ottima sotto certe condizioni, debba essere tale in ogni tempo. Anche le instituzioni giudiziarie, perchè possano prosperare, hanno bisogno, in certo qual modo, d'un clima e d'un suolo determinato e d'una data coltura. La miglior forma di procedura è quella la quale meglio assicura la società che nessun reo potrà sottrarsi alla pena, e nessun innocente vi potrà essere sottoposto; o in altre parole, quella forma verso la quale è tanta la publica fiducia, che il popolo non dubita di riconoscere egli stesso la rettitudine delle sentenze giudiziali. Se questa confidenza non c'è, l'amministrazione della giustizia riesce illusoria e sono vani i suoi sforzi per tutelare la legge. Or da che potrem noi argomentare se il popolo ha illimitata fiducia nelle decisioni dei giudici legali nominati dal governo, se non dalle condizioni particolari nelle quali si trova? Queste sole ci possono far conoscere se il popolo considera le sentenze penali come le civili, e se confida che i giudici abbian tanta indipendenza e tanto coraggio da manifestare la loro opinione anche in quei casi, ne' quali il potere sdegnato non si starebbe dall'aggravare la mano sui giudici troppo fedeli al loro dovere; o se, per l'opposto, il popolo, compreso della grande importanza politica del processo penale, guarda inquieto alle sentenze dei giudici permanenti; e ogni volta che si movono contro un cittadino gravi accuse politiche, sente quanto sia piena di pericoli la situazione del giudice dello stato, il quale, conscio del voto di coloro da cui dipende la sua sorte futura, sa troppo bene che s'egli non decide in un certo senso, mette in forse il proprio avanzamento, e se anche non sarà destituito, potrà essere traslocato sotto circostanze per lui così dannose, da riuscirgli ben più gravi che una destituzione.

Ma l'uomo imparziale, che non ha una idea preconcetta sulla prevalenza assoluta d'una data forma, non s'arrischia a decidere da sè, se un dato paese si trovi in quelle condizioni od in queste; nondimeno quando trovi un popolo che non parteggia pel Giurì, e si confida ne' suoi giudici, non darà al Giurì una assoluta preferenza, nè vorrà instituirlo. Che se al contrario si avessero in fatto, in un dato paese, quelle presupposizioni che noi adducemmo di sopra a favore del Giurì, cadrebbero senz'altro anche quelle obbiezioni che vi stan contro, e che, per esser leali, volemmo parimente riferire. Ed invero, i difetti del Giurì più sopra annoverati, concernono solamente quei luoghi, nei quali è stato instituito sotto condizioni sfavorevoli, o nei quali è viziato il sistema della formazione o composizione di esso, o dove son cattive le leggi penali, od è alimentato il pregiudizio che i giurati abbiano da decidere secondo il puro loro convincimento e le propensioni personali, anzichè a norma di rigorose regole di prova, insegnate dalla ragione e dall'esperienza (anche prescindendo da ogni legge positiva) come le più sicure per iscoprire la verità. Del rimanente è poi facile vedere che anche le forme processuali stanno in connessione col Giurì, e che in particolare laddove i dibattimenti hanno luogo in publico, in faccia al popolo, il legislatore si trova necessariamente condotto a introdurre il Giurì, pur che consideri quanto debba essere penosa la condizione dei giudici permanenti, se devono pronunciare la loro sentenza in cospetto del publico, che ha tenuto dietro a tutto il dibattimento [35].

Aggiunta a questo capitolo nella traduzione francese (*).

Nella nostra *Procedura penale tedesca*, vol. I, cap. 42 e 45, e nell'opera già citata del *Processo orale*, pag. 358-400 del testo tedesco, (pag. 468 della traduz. ital.), noi abbiamo trattato assai più largamente e sotto tutti i punti di vista la quistione del Giurì (introdotto anche a Ginevra nel 1844, e nel cantone di Vaud colla costituzione 19 luglio 1843). Ogni giorno più s'accrescono i partigiani del Giurì in

35 V. Dresch, caloroso avversario del Giurì, nell'Archivio di Müller l. c., pag. 481.

(*) Tutta questa aggiunta venne soppressa nella traduzione palermitana. Noi, lasciando all'Autore la responsabilità delle sue opinioni, non ci crediamo in diritto di mutilarle — A.

Germania, sgombrandosi i pregiudizj che lo circondavano. Quanto a noi, pensiamo che la procedura con giurati può condurre alla scoperta della verità tanto sicuramente quanto il sistema de' giudici permanenti. E verrà un giorno (questa è la nostra convinzione) che siffatto instituto sarà introdotto ben anche in Germania, a meno che i Governi non riescano a trovare il modo di assicurare alle sentenze dei giudici nominati da loro la publica fiducia. Notiamo frattanto che il sentimento politico si va ognor più sviluppando; nè può dissimularsi che il potere e i suoi agenti incontrano da per tutto una diffidenza sempre più profonda; ed è perciò che in affari politici, più che negli altri, una condanna troppo severa contrasta colla publica opinione, e rende con ciò più numerosi i difensori del Giurì. Oltre di che quanto più s'andrà diffondendo la procedura orale e publica, tanto più il popolo imparerà a meditare sulle decisioni proferite nei dibattimenti che si saranno svolti sotto i suoi occhi, e a comprendere l'importanza degli affari criminali.

Ma stimiamo necessario altresì (a volere che il Giurì offra quelle guarentigie che formano la sua potenza ed efficacia) che si trovino nel popolo, in numero sufficiente, cittadini di aperto intelletto, di saldo carattere e d'animo indipendente. Bisogna essere moralmente certi che la maggioranza di coloro che sono inscritti nella lista, siano uomini interessati all'ordine ed alla sicurezza publica, ugualmente che pronti ad accorrere in difesa della libertà dei loro concittadini. Di qui l'altissima importanza della formazione del Giurì. Deciderà la sorte o la scelta? O converrà seguire il sistema francese? I publicisti tedeschi preferiscono quasi tutti l'inglese.

È pur d'uopo confessare che finora tutte codeste quistioni non sono state risolte compiutamente. Quale stima dobbiamo noi fare del Giurì? Quali risultamenti positivi dobbiamo aspettarne? L'avvenire lo deciderà. Ma per quanto spetta alla prova, non v'ha che due modi di considerare il Giurì: se è composto di uomini che riconoscono certe leggi regolatrici delle prove, allora non possono abbandonarsi, nel sentenziare, alle arbitrarie impressioni di quel che si chiama intimo convincimento; viceversa è questo la sola sua guida, se non è sottoposto a nessuna regola di prova. Di queste due opinioni, la prima è norma fondamentale pel Giurì inglese, scozzese e americano; in Fran-

cia si segue la seconda. Intorno al Giurì inglese vedansi le seguenti opere: Reynolds, *De vera judicj juratorum origine et natura*. Heidelberg, 1842. L'Autore vi dimostra, pag. 68, che in America i giurati prendon sempre per loro guida la legge sulla prova (*law of evidence*). — Greenleaf, *Treatise on the law of evidence* (Trattato sulla legge della prova) Boston, 1844, il quale fa la stessa dimostrazione nel t. 3, pag. 60. — Cornish, *Manual*. — Moymans, *Legal Handbook*, (Manuale di Diritto), Londra 1843. Questi due autori insegnano altresì quali sono le regole da seguirsi. E finalmente leggasi una memoria assai notevole nella *Law Review* (Rivista legale) Londra 1845, fasc. 3.°, pag. 27-44, in cui si trovano sapientemente sviluppati i rapporti che passano tra le funzioni de' giudici e quelle dei giurati.

In Inghilterra e in America essi decidono colla scorta di regole già da gran tempo sanzionate (*) dalla ragione, dall'esperienza e dalla pratica giudiziaria; può dirsi che la logica li conduce al convincimento. Anche durante il processo, gli è pur colla ragione che si discutono le prove in ogni loro minuto particolare, e si sottomettono al crogiuolo delle regole, tanto dall'accusatore quanto dall'accusato. Gli stessi giudici le spiegano durante la sessione ai giurati, insegnando loro, p. e., a non fidarsi troppo delle deposizioni di un complice, in aggravio dell'altro. E finalmente lo stesso verodetto (la decisione) di condanna può esser deferito ai quindici giudici riuniti perchè prendano in esame se vi sia una prova sufficiente. Non v'ha dubbio che in questo sistema la sentenza ha un carattere altamente serio, come scorgesi anche dal fatto che sono anche ben rare le assoluzioni arbitrarie.

Non così in Francia; i giurati non si considerano sottoposti a certe regole di prova, ed è anzi comune l'adagio che *il Giurì è la coscienza del paese*. Ma è pur d'uopo ammettere che una tanta onnipotenza, conceduta al così detto intimo convincimento, imprime alle decisioni del Giurì un certo qual carattere vago e arbitrario che ci conduce a preferire, sotto questo aspetto, il sistema inglese. Nondimeno la quistione non è tutta in questi termini; poichè il valore e l'efficacia della instituzione dipendono da gran numero d'altri elementi che riflettono specialmente l'organizzazione di essa, ma il cui principio sommo non

(*) Pisanelli, op. cit., pag. 127 — A.

fu per anco studiato a dovere. A modo d'esempio dovrassi in certi casi instituire un Giurì speciale, come si fa in Inghilterra, e come fu fatto transitoriamente in Francia? E in qual modo deggiono essere formulate le domande al Giurì? Tutti, per verità, ammettono che la formola generale *l'accusato è egli colpevole?* è sommamente imprecisa e può fuorviare il Giurì. Converrà egli concedere ai giurati, come suolsi in Inghilterra, il diritto di proferire un *verodetto speciale,* cioè di puro fatto? Avranno i giurati una influenza, e quale, nella determinazione della misura della pena? Potranno essi dichiarare, come fanno in Francia, se concorrano *circostanze mitiganti,* o persino, come fanno a Ginevra, *molto mitiganti,* le quali portano per conseguenza l'abbassamento della pena a un grado inferiore? E quanto al numero dei suffragi, basterà la semplice maggioranza, come in Francia, o sarà necessaria l'unanimità, come in Inghilterra?

Ecco tante gravi controversie da decidere, prima di poter dire in modo *definitivo,* se il Giurì abbia una vera superiorità sul sistema de' giudici permanenti.

Aggiunta inedita.

Noi avevamo già, nell'aggiunta alla traduzione francese (quella or ora riportata), espressa la nostra opinione che in Germania andavan crescendo ognor più i partigiani del Giurì; e nelle aggiunte all'opera del *Processo orale, ecc.* publicate nella traduzione dell'avv. Maltini, abbiamo ripetuto potersi concepire una organizzazione siffatta del Giurì che faccia cadere le obbiezioni mosse contro questo instituto; e dichiarammo benanco che le nuove condizioni politiche, e la forza ognor crescente dell'opinione publica, favorevole al Giurì, giustificavano l'avvenuta instituzione de' giurati anche in Germania. A un tal cambiamento d'opinione noi fummo condotti studiando l'andamento dei publici dibattimenti in Italia, dove i giudici permanenti decidono senza una teoria legale di prove, essendoci sempre più persuasi che si fosse reso con ciò ancor più facile il passaggio al sistema dei giurati. Nel congresso tenutosi in Francoforte nel 1846 si nominò una commissione composta di legali de' varj paesi, coll'incarico di prendere in esame la quistione: « se dovesse raccomandarsi l'instituzione del Giurì, » e di riferire il suo pa-

rere nel prossimo congresso di Lubecca del 1847. Qual relatore di quella commissione, ci siamo assunto come nostro debito di prepararci a quel rapporto con nuovi e ripetuti studi, colla indagine dei dati statistici, e col richiedere informazioni da uomini esperimentati nella pratica. E il risultamento si fu, d'esserci persuasi che il Giurì non sia bensì la sola via, nè la migliore, per trovare la verità di fatto ne' processi penali, ma che in paragone dei giudizj composti da magistrati permanenti offre molti vantaggi; che per altro tutto dipende dal modo con cui è instituito; e che il metodo migliore per assicurarne la buona riuscita si è di instituirlo coi principj del diritto inglese. E tenutosi nel settembre 1847 il congresso di Lubecca, la gran maggioranza dei membri intervenuti (appartenenti a tutti gli Stati germanici, e tra essi molti che fino allora erano stati avversarj) votò in favore della instituzione dei giurati. Quel voto diede nuovo e vigoroso impulso alla publica opinione, già propensa pel Giurì; la stampa fece il resto. E così, venuto il 1848, quando anche in Germania, sospinte da quel turbinoso movimento intellettuale, sorgevano le domande di riforme, le assemblee chiesero, tra l'altre cose, anche il Giurì, e i Governi lo concedettero. Vedemmo pertanto il Giurì instituito in Baviera, nell'Assia, nel Wirtemberg, nel Brunswig, in Prussia, nell'Annover e nei molti principati di Sassonia. E nel 1850 fu introdotto anche in Austria, ma poscia nuovamente abolito; e in Svizzera, dove sussisteva già da più anni nei cantoni di Ginevra e di Vaud, lo vedemmo gradatamente stabilirsi dal 1849 in poi a Friburgo, Zurigo, Berna e Turgovia. — Più minuti particolari sulla storia dei progressi fatti dal Giurì si leggono nella nostra opera, già più volte citata, *Die Gesetzgebung*, ecc. Erlangen 1857, pag. 8-66.

Le leggi tedesche avevano preso a modello il Giurì francese, ma con molti miglioramenti; e in complesso l'esperienza che si fece del Giurì in Germania, riuscì favorevole. Il carattere serio de' tedeschi seppe conservarsi anche in quel sì pericoloso frangente (di cui si è parlato a suo luogo) quando ai giurati le pene minacciate dalla legge sembrano troppo rigorose, e nondimeno la reità è provata; poichè essi non si tennero per questo (*) dal pronunciare

(*) Qualche caso eccezionale, che da taluno potesse essere allegato in contrario, non basterebbe a distruggere il risultamento generale. — A.

la decisione di colpabilità, concorrendo così a rafforzare la repressione per far scemare i reati. Egli è perciò che va crescendo l'amore del popolo per il Giurì; e quegli stessi giudici, che prima lo avversavano, se ne fanno ora amici e difensori. Non mancano tuttavia avversarj anche in Germania, massime tra gli uomini di Stato, i quali vi scorgono una instituzione democratica e perciò stesso pericolosa; come parimente non mancano giudici, i quali essendo mossi da strana gelosia, non vogliono ammettere che anche uomini sprovveduti degli studi giuridici, siano capaci di decidere della verità dei fatti. — Vedi, sull'esperienza che fu fatta in Germania, e sulle ragioni pro e contra il Giurì, l'opera succitata, pag. 24 e 197-261.

In Italia, il Giurì fu introdotto soltanto in Piemonte e pei soli delitti di stampa, il che fu nel 1848. Il Governo inglese poi lo instituì nell'isola di Malta nel 1852 per ogni specie di reati secondo le massime vigenti in Inghilterra ed in Scozia (*). Pisanelli (Gius.) scrisse un' operetta giudiziosa e imparziale intitolata *Dell'instituzione dei giurati* (Torino 1856) (**) dove sono esposti i vantaggi e i difetti (possibili) del Giurì, con un progetto di miglioramenti. Ponendo a riscontro fra di loro le decisioni dei giurati, scorgesi in qual nesso stiano colla teoria delle prove. E nessuno vi ha che non senta di quanto pericolo è l'abbandonare i giurati a sè medesimi, in balìa della loro, così detta, intima convinzione, liberi dall'obbligo di dar conto della loro sentenza, e facili come sono, per soverchia precipitazione, o per malintelligenza, ad accogliere, come elementi di convinzione, certe idee preconcette, o certe estranee influenze, o le induzioni che si fondano sopra un contegno forse singolare dell'accusato, o sopra la errante sua vita. Ecco perchè uomini assennati pongono tra le obbiezioni contro il Giurì, anche quella che le sue decisioni non siano motivate (Pisanelli, pag. 173 (***)). Che anzi si sono fatte di recente, in Germania, non poche proposte di obbligare anche i giurati a motivare le loro sentenze: cosa, per altro, che è inconciliabile colla essenza del Giurì e affatto impraticabile; come si è spiegato nell'opera *Die Gesetzge-*

(*) L'Autore ha reso conto di quel codice in una memoria che si legge anche nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, del 1854 n. 74, e segg., e alla quale vorranno i lettori attingere più particolari notizie — A.

(**) I brani riferiti più sopra nelle note, avran persuaso il lettore della giustezza di questo giudizio, che l'Autore dà di quell'opera — A.

(***) Abbiamo riferito quel passo a pag. 113 — A.

bung, ecc., a pag. 556 (*). Il modo migliore per ottenere dai giurati rette sentenze, è quello di mettere per principj direttivi, sì del processo come della composizione del Giurì, i principj del diritto inglese, imponendo poi ai giurati che decidano, non già secondando un loro indeterminato intimo convincimento, atto più che altro a trarre in errore; ma a norma delle prove raccolte nel processo, e in seguito a un razionale esame di esse; e che pronunziino sentenze di reità soltanto in quei casi in cui non resta loro più nessun dubbio che l'accusato sia propriamente colpevole. La stessa formola del giuramento che prestano i giurati, acquista sotto tale aspetto una maggiore importanza: e meritan lode, per conseguenza, le leggi tedesche, p. e., quelle di Baden e di Assia, le quali esigono che essi giurino di decidere secondo il convincimento che avranno ottenuto *per mezzo delle prove riportate nel processo*. Anche gli scrittori francesi lo ammettono; tra gli altri Helie (*Traité de l'instr. crim.*, vol. V, p. 803) vuole che la convinzione dei giurati non sia già una mera interna impressione, sibbene una convinzione *razionale*. Ma ciò è ancor troppo vago; quel che importa di stabilire si è qual debba essere la via per ottenere che i giurati decidano in seguito a un esame accurato, imparziale e razionale delle prove esistenti. La legislazione inglese e quella dell'America settentrionale possiedono a tal uopo un complesso di regole riconosciute nei giudicati dei Tribunali, sviluppate dalla scienza (come vedesi, p. e., nell'opera già citata di Best, *Treatise on the law of evidence*, Trattato sulla legge della prova) e spiegate minutamente dai giudici ai giurati. Nel nuovo Codice di Malta: *Leggi criminali di Malta* del 1854, queste medesime regole, tolte per lo più dalla pratica inglese circa la testimonianza e la confessione, furono compendiate nei §§ 558-560. Se poi questa teoria legale inglese meriti d'essere da noi imitata, si è già preso in esame nell'opera

(*) Ivi è detto ciò che segue: « Egli è evidente che questo progetto della motivazione de' verodetti dei giurati non è eseguibile e riuscirebbe di danno. Basta considerare che secondo l'indole propria del Giurì, nessun giurato è tenuto a dar ragione del suo voto, e che sopratutto poi non è punto da aspettarsi che i giurati s'accordino mai sui motivi d'una decisione, che pure è giusta nel suo insieme. D'altra parte per la redazione dei motivi si renderebbe necessario che intervenissero alla discussione altre persone, p. e., il presidente del Tribunale o il protocollista la cui presenza sarebbe di inciampo sotto molti rispetti » — A.

Die Gesetzgebung, ecc., a pag. 493 (*). Del rimanente giova considerare che non è punto necessario di comprender queste regole in un codice; può anzi essere pericoloso; tanta è la difficoltà di raccoglierle sotto formule precise, colle loro distinzioni e limitazioni, pur così necessarie; e tanto può essere il danno di una redazione un po' più larga o un po' più rigorosa del giusto. Ottimo è il sistema inglese e applicabile dovunque v'abbian giurati: che, cioè, colla cooperazione dei giudici e dei giurati si confermi il principio fondamentale che le regole di prova da seguire son quelle che una lunga esperienza dimostrò convenienti, che la logica approva, e la ragione riconosce siccome atte a scoprire il vero. Chi presiede al dibattimento è tenuto di spiegarle ai giurati; richiamando la loro attenzione sui motivi di dubbio che si presentano, e inculcando loro la massima che non hanno obbligo di condannare se non quando sia sgombrato ogni dubbio che fosse sôrto loro nell'animo. I vantaggi di questo sistema furono esposti a pag. 475 dell'opera succitata (**).

(*) Richiamino i lettori la classificazione di quelle regole inglesi già esposta nelle aggiunte al cap. IX, (pag. 88). Ora al luogo qui citato dall'Autore, cioè, a pag. 493 dell'opera *Die Gesetzgebung*, egli dice che mentre non vi sarebbe ostacolo ad adottare anche pei tribunali tedeschi le classi 1.ª, 2.ª e 3.ª, non sono invece da seguirsi la 4.ª e la 5.ª; la 6.ª poi è anche in Inghilterra d'indole meramente facoltativa e non obbligatoria — A.

(**) Chi volesse formare anche soltanto una nuda lista degli scritti che vennero in luce sull'argomento del Giurì verrebbe certamente a comporre un volume di non picciola mole. Quanto a quelli che compendiarono le principali ragioni che stanno pro e contra, i lettori, oltre l'opera più volte citata del Pisanelli, troveranno giovevole, per procurarsi una piena cognizione della cosa, ciò che fu scritto nel vol. I, dell'*Eco dei Tribunali* sotto forma di polemica. Particolarmente poi merita attento studio la dotta ed elegante memoria del prof. Baldassare Poli *Sulle riforme di Procedura penale*, inserita nel tomo II del *giornale per le scienze politiche legali*, (che sgraziatamente visse un solo triennio). L'Autore difende con calde parole il Giurì, e conchiude il suo discorso col voto che venga largito ed esteso più che si può. Egli lo considera come una instituzione *giudiziaria*, la quale, mentre non può più ingelosire i governi, sarà sempre un mezzo di morale incivilimento per le masse (pag. 597). Molte delle idee esposte dal ch. Autore coincidono in singolar modo con quelle del Pisanelli; tra le altre quella di volere eletti a giurati uomini di riconosciuta coltura intellettuale, respinta così la presunzione di legge, pur troppo talora non corrispondente alla realtà, che al ricco censo vada sempre congiunta la svegliata e colta intelligenza. Quella memoria fu stampata nel 1851, quando già le altre provincie dell'impero austriaco avevano il Giurì col Reg. di proc. pen. 17 genn. 1850. Il lavoro del prof. Poli faceva eco al voto che nel 28 maggio 1850 l'avv. Benedetti aveva letto nella sessione ministeriale presieduta del cav. Schmerling, allora ministro di Giustizia (V. nell'*Eco dei Trib.*, 19 dic. 1850, n.° 40); e pareva destinato a portar luce nella

CAPITOLO XIV.

Esame del sistema che attribuisce la facoltà di sentenziare, bensì ai giudici permanenti, ma senza teoria di prove.

Quella tendenza che hanno molti legislatori a combinare insieme le forme di diversi sistemi, dando così ragione a tutti, nella fiducia di ritrarre da siffatta combinazione un doppio vantaggio, fece nascere quel sistema particolare che attribuisce bensì la facoltà di decidere le cause penali ai giudici dello Stato, ma non impone loro l'obbligo di seguire una teoria legale di prove, ed anzi li lascia in balìa del solo intimo convincimento, senza nemmeno pretendere che diano i motivi della decisione. Dappertutto ove si adottò il processo criminale francese, ma non il Giurì, s'introdusse questo sistema, in forza del quale si vuole che i giudici giurisperiti decidano come giurati. Così avvenne nel regno d'Olanda [1] e nel cessato regno d'Italia [2]. Lo stesso sistema fu adottato e vige tuttora nel regno di Napoli [3]; e se dee credersi a quel che si dice, par che voglia adottarsi anche in Prussia [4]; ed è poi seguito nella nuova legge di procedura del cantone di Vaud [5]. Eppure esso non corrisponde a ciò che richiede giustizia,

quistione che allora agitavasi; se il Giurì dovesse estendersi anche al Regno Lomb-Ven. Ma il Ministro aveva già dichiarato nel suo rapporto 20 novembre 1850, di non credere il Giurì una instituzione che si confacesse all'indole dei Lombardo-Veneti, nè alle condizioni del regno. Anche ad altri dominj dell'impero non era stato esteso peranco, allorchè il sovrano rescritto del 31 dic. 1851, ponendo qual meta *invariabile* di tutti gli ordinamenti organici dello Stato *l'unità politica e di diritto*, portò con sè la conseguenza dell'abolizione dei giurati anche nei dominj che già li avevano. Questa abolizione, espressa nel § 29 di quel sovrano rescritto, fu presa per norma nella compilazione del Regolamento di Proc. Pen. 29 luglio 1853. Vedasi Hye, *Principj fondam.*, pag. 46 della traduz. ital. — A.

1 I cambiamenti subiti in Olanda dalla legislazione francese sono esposti da Birnbaum, nella *Kritische Zeitschr. für ausländ. Rechtswiss.* (Giornale critico di legislaz. stran.), vol. II, pag. 431.

2 *Codice di Procedura penale* del 1807, art. 300, 494.

3 *Leggi della procedura ne' giudizj penali pel regno delle due Sicilie.* Napoli 1819, art. 292.

4 Gans, *Beiträge zur Revision der preuss. Gesetzgeb.* (Contribuzioni per la riforma della legislazione prussiana), fasc. I, n.° 6.

5 *Loi sur les bases de la procedure pénale,* 18 dic. 1832 (*).

(*) Vedasi l'aggiunta al capit. precedente, da cui si raccoglie che nel cantone di Vaud fu di poi introdotto il Giurì.

e non ha i vantaggi che offre l'altro dei giudici permanenti e della teoria legale di prove, senza aver quelli a cui mirano coloro che vorrebbero il Giurì. La sua natura insomma è ibrida [6]: il che basta perchè ne scaturiscano non pochi inconvenienti, e cioè:

1.° Bisogna rinunziare affatto a conseguire coi giudici permanenti, liberi da prove legali, quella importanza politica che ha il Giurì. L'accusato, quando ha a che fare coi giurati, è persuaso ch'essi san riconoscere, e nella vera misura, il pericolo da cui è minacciata la civile libertà, per mezzo d'ingiuste accuse; e che vorranno, con tutta indipendenza e spontaneità, venire in suo soccorso. Questa persuasione non v'è dove decidono i giudici dello Stato; e se già si ha in loro poca fiducia, viene poi a farla scomparire del tutto anche la libertà che è loro concessa di decidere senza un sistema di prove, e senz'obbligo di motivar le sentenze [7].

2.° Invano si spererebbe, con questo metodo, di conseguire il vantaggio, tutto proprio del Giurì, di veder considerate le sentenze giudiziali come il riflesso della publica opinione. E perchè mai quegli stessi che, in tesi generale, son contrarj al Giurì, lo difendono poi ne'delitti politici e di stampa, se non per questo appunto, che i giurati, scelti tra il popolo e vissuti con esso, sono anche meglio a portata di conoscere qual è il voto comune de' loro concittadini? E perchè si ha fiducia in loro, quando pronunziano (nei delitti politici) che l'accusato ha propriamente turbata la publica tranquillità ed ha commesso un vero attacco contro la società civile, se non pel motivo che si suppone saper essi distinguere colla maggiore circospezione e con vera conoscenza delle cose, il legittimo esercizio delle civili libertà, dai criminosi attentati? Or come potrebbe considerarsi quale uno specchio dell'opinion publica, la decisione dei giudici permanenti, se, stranieri per lo più al mondo che essi studiano sui libri, e attaccati scrupolosamente alla lettera della legge, non altro esprimono, nè possono esprimere, fuorchè la loro opinione individuale? (*).

6 Feuerbach, censura acremente questo sistema nelle sue *Betrachtungen über Oeffentl. und Mündl.* (Considerazioni sulla publicità ed oralità), II, pag. 17.

7 Hinsberg, *Erinnerungen*, ecc. (memorie sul progetto, ecc.) p. 8.

(*) Tutto questo n.° 2 è soppresso nella traduzione palermitana. Lo stesso avvenne di non pochi altri passi dell'opera di simil tenore — A.

3.° Ma se poi consideriamo quell'incertissima nozione che si ha dell'intimo convincimento, e pensiamo con quanta facilità si presti ad essere il manto della leggerezza, della passione, e persino dell'errore, dobbiam concluderne che i giudici, se dovessero decidere della reità dei loro concittadini unicamente a seconda delle impressioni ricevute, e senza obbligo di motivar le sentenze, avrebbero in mano un pericoloso potere di vita e di morte, quale non potrebbe avere nessun sovrano. In quei casi, specialmente, in cui, per mancanza di confessione e di testimonianze, il giudice deve decidere soltanto sopra gli indizj, la sentenza di condanna ch'ei proferisce, e di cui non dice i motivi, suona non altrimenti che la voce dell'arbitrio. Or chi crederà mai che il popolo voglia aver fiducia in siffatta sentenza di condanna, proferita da alcuni pochi magistrati sopra indizj, vale a dire principalmente sopra meri sospetti? Ma guai all'umana giustizia se vien meno questa fiducia nella rettitudine delle sue sentenze! Si opporrà che benespesso anche i giurati condannano sopra indizj soltanto, e che, per conseguenza, non avvi una ragione per non avere la stessa fiducia nei giudici, uomini rispettabili, fedeli al proprio dovere, istruiti e capaci. Ma si dimentica mancar sempre a un collegio di giudici permanenti quelle due grandi guarentigie, sulle quali precipuamene s'appoggia la confidenza che inspira il Giurì, vale a dire il numero maggiore dei membri, e l'estesa facoltà della ricusa spettante all'imputato, in forza della quale i giurati figurano come giudici a cui egli spontaneamente si sottopone, quali suoi arbitri. Quando si pensi che in un Giurì di 12 giurati, in Inghilterra si esige per la condanna la unanimità, e in Francia una maggioranza d'otto voti, e si consideri che un tribunale tedesco è composto di soli sei giudici (*), per modo che la maggioranza di quattro basta già per la condanna, si comprenderà facilmente che tanto maggiore debba essere la fiducia che il Giurì inspira, quanto è maggiore il numero de'suoi membri. Ancor più importante è il diritto di ricusa. Non basta autorizzar l'imputato a ricusare quel giudice, contro del quale può addurre e dimostrare un titolo *determinato* di eccezione; poichè per poter dire che egli ha una assoluta e pienissima confidenza in quei giudici che non ha ricusati, bisogna ch'ei sia li-

(*) V. la nota * a pag. 129.

berissimo di ricusarli senza addurne i motivi, ed è allora soltanto che anche il publico può credere davvero alla imparzialità dei giudici.

Ben lo sentirono i compilatori della nuova legge di procedura criminale pel cantone di Vaud. Secondo tal legge il tribunale decidente si compone di dodici giudici [8], tre dei quali sono nominati dal Consiglio di Stato, tre sono Presidenti e sei sono giudici di giudizj distrettuali. Inoltre è stabilito un numero sufficiente di giudici supplenti. L'accusato può ricusare qualunque di quei giudici, adducendone i motivi; anzi ha il diritto di ricusarne uno della prima categoria, uno della seconda e due della terza, senza nemmeno manifestarne il perchè. Per poter condannare si richiede la maggioranza di tre quarti dei voti (ossia di nove); ma per la determinazione della pena basta poi la maggioranza assoluta.

Certamente questo sistema palesa un progresso, non foss'altro in ciò, che l'accusato può ricusare quattro giudici senza addurne i motivi, e non è poi verosimile che in un collegio di dodici persone, ve ne siano più di quattro, che l'accusato voglia ricusare per ragioni gravi bensì, ma che non possa o non voglia manifestare. Del resto poi l'accusato, come si disse, è in facoltà di ricusare anche altri giudici, purchè ne dica le ragioni. Non v' ha dubbio che le guarentigie a favore dell' accusato sono maggiori con questo metodo; ma è sempre un ripiego, che non basta a togliere le mancanze inerenti al sistema.

4.° Anche lo stesso concetto di *convincimento intimo* ha un significato totalmente diverso, applicato al Giurì, da quello che può avere trattandosi di giudici permanenti. Tratto di mezzo al popolo, le cui idee gli son note: famigliare con tutti i rapporti della vita civile: collocato, e per la sua condizione, e per le occupazioni sue, più dappresso all'accusato ed ai testimonj, e però più alla portata di valutar giustamente la loro credibilità e il loro contegno: obbligato infine a rispondere della sentenza a' suoi concittadini, in mezzo ai quali fa ritorno dopo averla proferita; il Giurì si trova in situazione di poter decidere con maggior sicurezza le quistioni di fatto; e la sua decisione, che s'appoggia all'intimo convincimento, ha, per ciò stesso, un carattere di credibilità, perchè si risolve in una testimonianza

8 Cap. VIII, art. 71-74.

resa dai concittadini medesimi (*). Potrebbe forse ottenere altrettanto la sentenza dei giudici permanenti? [9] La loro condizione, gli studi, le abitudini, li pongono in rapporto più coi libri che con gli uomini; e son sì divisi dai loro concittadini, che, se decidessero unicamente a seconda dell'intima convinzione, non contenterebbero pienamente nessuno. Aggiungasi la differenza che passa tra la loro posizione *politica* e quella dei giurati.

5.° Concediamo che molti giudici giurisperiti hanno tanta attitudine a scoprire la verità nelle prove esistenti, e tanta lealtà e tanto zelo, quanto ne hanno molti giurati inesperti, fors' anche ineducati, eletti dalla sorte (**); ma il confronto non deve farsi tra *singoli* giudici e *singoli* giurati, sibbene dee trarsi dall'indole della instituzione. E allora si spiega perchè la confidenza nei giudici permanenti sorga dall' essere eglino vincolati ad una teoria di prove, la quale è vôlta a tutelar l'innocenza, ed è un riassunto delle esperienze di più secoli; — dall'essere tenuti a dar conto della loro decisione, nei motivi che la devono accompagnare; e dall'essere finalmente quella decisione medesima soggetta a nuovo esame e a censura di un giudizio superiore, al quale l'accusato può fare appello. Sono incalcolabili i vantaggi della motivazione. Ciascuno

(*) Ripetiamo anche qui che l'Autore tratteggia i caratteri in generale delle decisioni dei giurati. Se la giurisprudenza pratica ci mostra qualche caso in cui la decisione apparisce dettata da opinioni fuorviate o da un sentimento di mal intesa pietà o carpita con illusioni, queste eccezioni non possono distruggere la verità di quelle generali considerazioni — A.

9 Ne conviene anche Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, pag. 307 (Lib. iv, c. xviii).

(**) Ecco questo periodo, come leggesi nel testo: *Unfehlbar wird man zwar manchen angestellten und rechtsgelehrten Richter eben so viele Gewandtheit, aus den vorhandenen Beweisen die Wahrheit zu finden, und redliche Wahrheitsliebe und Berufstreue zutrauen, als manchen ungeübten vielleicht ungebildeten Geschwornen, den der Zufall in die Jury warf* (pag. 123). Il traduttore francese riprodusse con precisione il pensiero dell'Autore come segue: *On ne saurait nier pourtant que chez bien des juges, à coté de la science juridique inhérente à leur institution, on ne trouve au moins tout autant d'habileté pratique pour demeler les faits vrais à l'aide des preuves rapportées en la cause, qu'on en rencontre souvent chez tant de jurés inhabiles, non cultivés, et qui ne doivent qu' au hasard les fonctions qu'ils ont à remplir....* (pag. 135) Or si legga la traduzione palermitana, che dice letteralmente il contrario: *Non pertanto non è a negare che se molti giudici difettano di conoscenze pratiche, anche vi è di molti giurati inabili al loro ufficio, ignoranti, e che non deggiono se non al caso l' ufficio che son chiamati ad adempire.* (p. 102). Noi lasciamo al lettore il giudizio — A.

che sia stato lungo tempo membro di un corpo collegiale, sa che il voto di un giudice sembra tutt'altro e apparisce ben più fondato, allorquando ne deve esporre i motivi. Se pertanto avvi una saggia teoria di prove legali, il giudice vi trova altresì un modulo per poter valutare quelle del processo che ha sott'occhio; laonde i giudici, appunto perchè costretti a dare i motivi, sono impediti dal proferire sentenze arbitrarie. E già noi abbiamo dimostrato più sopra, quanto giovi al condannato il trovare accennato nei motivi il lato debole, per così dire, della sua difesa, e il vedersi offerta la materia per il ricorso all'Appello.

Tutti questi vantaggi scompajono qualora la legge autorizzi i giudici a sentenziare secondo il loro intimo convincimento; poichè essi nel votare non hanno che a dire: *io sono convinto;* per quali motivi poi, non è spiegato nè potrebb' esserlo. Con ciò viene anche ad essere impossibile il rimedio dell'appellazione. Nessuno infatti potrebbe definire se i primi giudici abbiano sentenziato rettamente perchè secondarono il loro convincimento; ed anzi se anche il Tribunale d'appello riformasse la sentenza, non potrebbe dirsi nemmeno allora che il tribunale di 1.ª istanza avesse proferita una sentenza ingiusta; poichè si avrebbe un convincimento in collisione coll' altro, e nulla più.

Dimostrammo più sopra che anche le sentenze dei giudici permanenti possono meritare la publica fiducia; ma è d'uopo guardarsi da certi tentativi di sistemi misti, e dal togliere a tali sentenze quelle guarentigie, senza di cui siffatta fiducia non potrebbe sussistere.

CAPITOLO XIV. *bis* (*).

(*inedito*)

Modificazioni della teoria delle prove, secondochè sia libera o no al giudice la scelta di esse.

Se noi mettiamo a riscontro le disposizioni delle diverse leggi d'Europa, concernenti le prove, troviamo che

(*) Per non alterare la serie dei capitoli del testo originale, questo, che forma un' aggiunta inedita, porta il numero XIV *bis*, benchè potesse avere il numero XV. Con ciò si volle conservare il vantaggio delle citazioni per capitoli, le quali rimangono le medesime; qualunque sia l'edizione a cui si riportano — A.

circa la scelta dei mezzi di prova, dominano due diversi principj:

I. Il primo di questi pone per canone: che la verità può rintracciarsi con mezzi ed in fonti di diversa natura; che, per conseguenza, a voler raggiungere lo scopo di proteggere l'ordine sociale colla legittima e immancabile punizione di quelli che lo turbano, si richiede che il giudice possa far uso di quante prove egli reputa del caso, giovandosene a suo arbitrio, e in quel modo che gli suggerisce il suo criterio.

II. Il sistema opposto pone per canone fondamentale: Essere obbligo della legislazione di difendere l'innocenza dagli abusi e dai pericoli che potrebbero minacciarla, qualora i giudici avessero facoltà di fondare il loro convincimento su talune così dette prove, che possono facilmente condurre in errore; dover pertanto il legislatore rinunziare a certi mezzi di prova, che l'esperienza dimostra atti ad abbagliare quei giudici, che non siano singolarmente acuti e prudenti. Le conseguenze di questo secondo sistema sono:

A. Che la legge prescriva certe formalità esteriori per quelle prove di cui si fa uso: p. e., il giuramento dei testimonj e dei periti.

B. Che la legge stessa dichiari inabili certe persone a far testimonianza, e, p. e., non si possano perciò adoperare quali testimonj, coloro che furono condannati criminalmente (*), o che sono in parentela coll'una delle parti.

C. Che la legge, per certi particolari reati, stabilisca alcune presunzioni da osservarsi sino a prova contraria. Tale è, p. e., nell'omicidio la presunzione che l'accusato abbia agito deliberatamente; e tale è del pari la presunzione del dolo o della imputabilità in generale. Di simili ne han molte il diritto inglese ed americano [1], e se ne trovano eziandio talune nei codici penali tedeschi, p. e. circa l'estensione del dolo, o riguardo a certi reati, quali sono il veneficio, l'infedeltà, la falsificazione di monete, la rissa [2].

Noi stimiamo che sia da seguire il primo di questi

(*) Le disposizioni del Reg. di Proc. Pen. austr. si troveranno nella parte V, dell'opera dove si tratta della prova testimoniale — A.

1 Best, *Treatise*, ecc. Trattato sulla legge della prova, p. 490 e il *Monthly law Reporter* (Rivista mensile di legislazione), Boston 1856, p. 482.

2 Osenbrüggen, *Abhandlungen aus dem Strafr.* (Memorie di diritto penale), p. 156-158.

due sistemi; e quanto al secondo, che tra le regole or ora riferite sia giusta quella sola che dice dover la legge stabilire certe condizioni, senza di cui un dato mezzo di prova non possa essere impiegato; come è il caso principalmente del giuramento de' testimonj. La legislazione inglese non permette di sentir in esame un testimonio senza giuramento; ciò che torna importante quando si tratta della testimonianza de' fanciulli, dovendosi far precedere la deliberazione se il fanciullo abbia il necessario discernimento per poter essere ammesso a giurare. Quando esporremo i principj della prova testimoniale esamineremo se, e per quali ragioni, sia da approvarsi codesta massima inglese, di non ammettere testimonj che non possano anche prestar giuramento; e se del pari sia da approvarsi la nuova legge inglese del 1854, secondo la quale può essere esonerato dal giurare quel testimonio il quale protesta di non poterlo fare per puro scrupolo di coscienza [3].

Per contrario è poi da dare assoluta preferenza al primo sistema, in quella parte che vieta di escludere alcun testimonio dal fare testimonianza, ma vuole che tutti si ammettano. E invero è un'arbitraria presunzione di legge quella che un uomo, o perchè fu già punito una volta per delitto [*], o perchè ha un interesse nell' esito della procedura, o perchè in fine è parente dell'accusato, non abbia mai da voler dire la verità. In Inghilterra e in America è in vigore fin dall' anno 1843 una legge in virtù della quale nessuno può essere escluso dal fare testimonianza, a cagione del suo proprio interesse nella causa, o perchè abbia commesso qualche reato; bensì i giurati possono esaminare qual fede meriti il testimonio; ma questi debb'essere sentito. E l'esperienza offre di tal sistema ottimo suffragio, dimostrando che giova alla scoperta del vero; laddove il sistema opposto, massimamente in quei casi in cui non vi sono altri testimonj, priva la società dell'unico mezzo che aveva per conoscere la verità. E quel primo s'accorda benanco con ciò che suole avvenire nella

3 Vedansi le considerazioni dei particolari nell'opera *Die Gesetzgebung*, ecc., pag. 490.

(*) Il lettore si sarà già accorto che noi adoperiamo la voce delitto nel senso più ampio di reato soggetto a pene criminali, senza tener conto della distinzione di qualche codice, e tra gli altri dell'austriaco e del sardo, dei delitti dai crimini. Anche in tedesco la voce *Verbrechen*, che qui adopera l'Autore, ha il significato ampio di *reato* — A.

vita ordinaria; poichè gli uomini di maggior prudenza non isdegnano punto di ricercar le notizie che loro interessano negli affari che hanno, anche da persone che abbiano subite pene criminali; ma solo si riservano di attribuire alla loro testimonianza quella fede che parrà loro dovuta, sì per ciò che riguarda la persona, come a seconda del modo con cui avranno risposto alle domande. Ma di ciò si avrà da trattare più largamente, parlando delle testimonianze.

Quanto alle presunzioni legali finalmente, noi le reputiam dannosissime; poichè in esse il legislatore altro non fa che sollevare a regole generali fatti particolari o supposizioni arbitrarie, offendendo in molti casi la verità e promovendo punizioni ingiuste, coll'obbligare i giurati ed i giudici a tener per vero qualche fatto, perchè presunto dalla legge; il che poi produce l'altra ingiustizia di costringere l'accusato a somministrare egli stesso le prove, spesso difficili e costose, della sua innocenza.

CAPITOLO XV.

Fonti della certezza.

Quali sono i mezzi coi quali, nelle realtà della vita, noi cerchiamo di procurarci la convinzione della verità dei fatti? Quali sono, giusta l'esperienza di ogni tempo, i fondamenti su cui gli uomini prudentissimi sogliono proferirire le loro decisioni intorno all'esistenza dei fatti? Egli è facile persuadersi che noi diam fede alla testimonianza dei nostri sensi, sopra qualunque altra; e che la percezione immediata è l'unica e vera fonte della certezza [1]. La quotidiana esperienza ci dimostra esser vero quello che noi stessi percepiamo per la via dei nostri sensi; purchè, ben inteso, la percezione s'accordi colle cose del mondo esterno; — che noi non esitiamo punto a considerare la testimonianza dei sensi, come una fonte di certezza; — e che, per conseguenza, non esitiamo nemmeno a prestar fede a ciò che altre persone cercano di appurare colla propria loro personale osservazione. Ecco perchè ci diciamo certi quando v'ha o una confessione od una testimonianza. Ed

1 Klein, *Annalen der Gesetzgebung*, (Annali di legislazione), vol. XXVI, p. 44 — Rolin, *De delictor. probat.*, p. 25 — Collman, *Die Lehre vom Strafrechte*. (Teoria del diritto penale), p. 311.

è in tal guisa che si spiega altresì perchè taluni riconoscono siccome sufficienti a procurare una piena certezza [2], soltanto quelle prove che si fondano sopra una percezione immediata o mediata dei sensi, e viceversa considerano insufficienti gli altri mezzi di prova, de' quali spesso si suole contentarsi, e massime gli indizj [3]. Opinione, per altro, che, attentamente ponderata [4], non saprebbe giustificarsi, imperocchè noi non prestiam fede soltanto ai nostri sensi; sibbene anche alle argomentazioni del raziocinio, quando colla sua guida consideriamo i risultamenti che danno i sensi, e ne deduciamo un criterio di certezza.

1.° Una di tali argomentazioni è quella *dal possibile al reale* [5]. Quanto più quelle cose che i nostri sensi ci dimostrano, si accordano colle nostre idee sulla possibilità, quali l'esperienza le ha convalidate, tanto più noi siam tratti a tenere per una verità quel risultamento dei sensi. Ogni volta, al contrario, che questi ci rappresentano cose straordinarie e inconcepibili, sorge in noi un argomento di dubbio, per il quale incliniamo a considerarle come altrettante illusioni. E in quella guisa che se ad una distanza, alla quale, giusta le nostre esperienze, una palla non può colpire, vediamo un uomo mirare e stender morto un altro, noi, che non avevamo veduto mai cosa simile, ci sentiamo indotti a dubitare se sia stata veramente quella palla che lo ha abbattuto; in quella stessa guisa, se ci vien detto che un tale, di condotta sin quì illibata, e senza la spinta d'un proprio interesse, ha ucciso un uomo, non possiamo trattenerci dal diffidare della verità di questo racconto.

2.° Altro modo d'argomentare, adoperato dalla ragione nell'esame dei fatti, è quello *per analogia* [6], quando da cause simili noi deduciamo effetti simili. Quanto maggiore è la somiglianza tra un caso e l'altro, quanto più frequente e uniforme è il ripetersi della medesima cosa, tanto più ci sentiamo convinti. Fingasi che un uomo abbia manifestata violentissima collera contro A; che, impugnando un coltello, lo insegua e minacci di ucciderlo; già

2 Gmelin, *Die peinliche Rechtspflege in Kleinstaaten*, (L'amministrazione della giustizia punitiva negli stati minori), p. 152.

3 Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, p. 178. (lib. iv, c. xi).

4 Giustamente Globig nella sua *Theorie der Wharscheinlichkeit*, (Teoria della verosimiglianza), P. I, p. 87, pone l'evidenza materiale nella classe delle conclusioni comuni.

5 Globig, *Teoria*, P. I, p. 20, ecc.

6 Globig, *Teoria*, P. I, p. 35.

si precipita nella sua casa; già ne balza fuori e s'invola; e noi, accorsi, troviamo il cadavere ancor palpitante di colui che or ora vedevamo in vita. È egli necessario essere stati presenti allo scontro, per avere la ferma persuasione che fu ucciso da quel suo nemico?

3.° Finalmente un modo d'argomentare è quello in cui dalle circostanze accessorie, debitamente poste in connessione con un fatto principale, si conclude al fatto istesso [7]. Se, a modo d'esempio, in una casa è stato aperto un armadio con singolare astuzia e ingegno, e ne fu rubato qualche cosa, e si narra che un uomo d'alta statura, conosciuto siccome abilissimo ad aprire in tal guisa gli armadj, fu veduto, poco tempo prima del fatto, nelle circostanze del luogo in cui fu commesso, non senza fondamento noi argomentiamo che quest'uomo abbia avuto parte in quel furto.

Questi esempj dimostrano che la ragione è sodisfatta, e concepisce idea di certezza solo allorquando, per via di siffatte argomentazioni, giunge a quel risultamento istesso che è dato dai sensi. Che anzi, persino in quei casi in cui ci potremmo fidare dei nostri sensi, l'uomo prudente fa precedere questo esame, e non si determina se non dopo aver ponderate tutte le ragioni che stanno pro e contra. Nel processo penale poi non può negarsi che così avvenga, pur che si ponga mente che anche nell'ispezione oculare, colla quale il giudice stesso si convince d'un fatto, i sensi fan vedere non già *il reato*, ma le sue *conseguenze* [8], per modo che è pur sempre necessario di fare un'argomentazione per dedurre in qual maniera sia stato commesso, p. e., con quale stromento. E i giudici decidenti poi, i quali devono prestar fede agli atti, non possono nemmeno accertarsi coi proprj occhi, perchè l'ispezione oculare fu già fatta dal giudice inquirente (*). Or qual'è la ragione per la quale essi devono tener per vero ciò che è registrato nel protocollo d'ispezione oculare, se non la fiducia nella coscienziosità dell'inquirente

7 Globig, *Teoria*, P. I, p. 38.

8 Zeiller, *Jährl. Beitrag zur Gesetzkunde in Oesterreich*, (Annali di giurisprudenza austriaca), vol. II, p. 134.

(*) Il giudice inquirente, che ha compilato il processo, è escluso dal prender parte alla decisione finale, potendosi ragionevolmente temere che egli non sappia sottrarsi a una certa qual prevenzione e non dia perciò un voto assolutamente imparziale. Così è disposto anche dal § 53 del Reg. di Proc. Pen. Austr. — A.

e nella fedeltà della esposizione? Nelle prove poi che riposano sopra una percezione mediata o indiretta, quali sono la confessione e la testimonianza, scorgesi ancor più chiaramente che la certezza non viene desunta dall'evidenza dei sensi, ma da presunzioni, mercè le quali la ragione che esamina, crede all'assicurazione d'altre persone d'aver esse coi loro proprj sensi verificati i fatti che narrano. Non è già perchè un uomo qualunque asserisce di aver veduto A ad immergere un pugnale nel petto di B, che il giudice si decide a condannare; ma perchè egli crede che il testimonio sia un uomo degno di fede, e suppone che abbia saputo percepire la verità e abbia voluto manifestarla; perchè trova possibile e verosimile quello che il testimonio racconta; e perchè, finalmente, il suo racconto s'accorda con altre circostanze e colle deposizioni d'altri testimonj.

La credibilità della confessione poi s'appoggia sopra un' altra ancor più lunga catena di supposizioni; sicchè è propriamente infondata quell'asserzione che la certezza si deduca soltanto dalla percezione dei proprj sensi.

È altresì una illusione il credere che le deposizioni dei testimonj contengano sempre l'assicurazione d'aver veduto e raccolto coi loro sensi tutto intiero il fatto che costituisce il delitto; poichè se noi c'immaginiamo, a modo d'esempio, il caso di taluni testimonj, i quali depongono che in una rissa Tizio uccise Cajo, e vogliamo separare quel ch'essi dicono, per conoscere ciò che ciascheduno abbia veduto (*), finiremo a trovare che tanto le deposizioni dei testimonj, quanto la convinzione dei giudici che loro prestano fede, riposano sopra una serie di presunzioni. Suppongasi che i testimonj affermino d'aver veduto Tizio precipitarsi nella mischia con un coltello in mano, proferendo minacce contro Cajo; questi stramazzare a terra, mandar sangue dalla ferita e gridare: Tizio mi ha ucciso! Una testimonianza siffatta basterebbe [9]; e nondimeno i testimonj non hanno veduto in qual modo Tizio ha immerso il pugnale nel petto di Cajo, ma lo suppongono; nè altra supposizione essendo possibile per ispiegare l'avvenimento, il giudice ne riman sodisfatto e cre-

(*) La qual cosa dee sempre fare il giudice, se vuol arrivare a una conclusione ragionevole e persuadente — A.

9 Feuerbach, *Darstellung merkw. Rechtsfälle*, (cause celebri), vol. II, pag. 658.

dendo di sentenziare all'appoggio della percezione diretta dei testimonj, segue non altro che presunzioni (*).

Di qui viene poi che non v'ha ragione di contrapporre la così detta prova artificiale, o per concorso d'indizj, alla prova naturale che è fondata sulla ispezione oculare, sulla testimonianza e sulla confessione, come se quella ne fosse affatto diversa, e di negarle forza provante pel solo motivo che non si fonda sulla percezione dei sensi. Perocchè la certezza risiede piuttosto nella persuasione che i sensi siano fedeli, e che la ragione nostra sia capace di conoscere la credibilità di certi fatti; capacità che noi deduciamo dalle nostre precedenti esperienze, le quali sono poi il modulo delle nostre decisioni.

Ora la certezza si ottiene

1.° O dando fede ai nostri sensi, che ci espongono un dato risultamento;

2.° O accettando per vero il detto di altre persone, sia perchè hanno esse medesime verificato, coi loro proprj sensi, quello che manifestano, sia perchè adducono taluni fatti da loro verificati, dalla esistenza o dall'indole de' quali si può argomentare l'esistenza d'un altro di cui si tratti.

Ogni volta che, secondo le forme fondamentali d'argomentazioni testè indicate, può stabilirsi una connessione tra un fatto ed un altro, la ragione forma e determina su di essi il proprio convincimento; e diconsi giustamente *indizj* 10 perchè contengono fatti che ne *indicano* degli altri. Come ogni altra fonte di prova, così anche gli indizj son di due sorta: altri toccano immediatamente i sensi, altri soltanto il raziocinio. Se non che negli altri mezzi di prova, che riposano sulla percezione indiretta dei sensi, la ragione si trova convinta allorchè le persone che dicono d'aver rilevate le cose coi proprj sensi, siano degne di

(*) E per verità nel caso qui immaginato non si potrebbe dire rigorosamente che la prova fosse *testimoniale*, ma *indiziaria*, perocchè i testimonj non esporebbero che Tizio avesse ferito, ma altri fatti accessorj dai quali lo si argomenta. La presenza nel luogo, la minaccia, l'arma, l'incolpazione diretta del ferito, sarebbero gli indizj dei quali le loro deposizioni farebbero prova e dalla cui connessione, combinata colla spinta al reato, se vi fosse, e coll'esclusione dei sospetti da altre persone, e col contegno posteriore dell'imputato, si dedurrebbe la prova indubitata, ma *indiziaria*, della sua reità — A.

10 Grelin, *Von der peinl. Rechtspflege*, (Dell'amministrazione della giustizia punitiva), pag. 86.

fede, e quello ch'esse depongono corrisponda alle idee di possibilità e verosomiglianza che l'esperienza costante insegna; ma quando si tratta di ponderare se dagli indizj si possa dedurre la certezza, la ragione deve adempiere alle seguenti operazioni:

a) Si consideri se il nesso che sorge dagli indizj, non possa, con più attento esame, spiegarsi altrimenti. Perciò si conceda all'imputato il più largo campo di giustificarsi. Si segua coscienziosamente ogni traccia da lui somministrata, che possa condurre a un risultamento diverso, e lo si comunichi di nuovo a lui affinchè possa dissipare quei dubbj che ancora sussistessero, e possa dare nuove giustificazioni. Soltanto allora che, a fronte di tali indagini, ogni tentativo di giustificarsi sarà dimostrato mendace o impossibile, e l'imputato non potrà più nulla opporre al complesso d'indizj che lo accusano, la ragione inclinerà a dirsi convinta che tra l'imputato e il misfatto sussista un rapporto colpevole. Nondimeno non si accontenta ancora.

b) La ragione esamina altresì se nel caso concreto questo nesso sussista davvero, e in modo sì convincente, o per le circostanze accessorie del fatto, o per riguardo alla possibilità di esso, che questo fatto si possa propriamente attribuire all'imputato.

c) E finalmente la ragione vuole che vi sia una tale armonia tra gli indizj, da dover accettare come giusta la conseguenza che ne scaturisce, avere cioè l'imputato commesso il misfatto, se non vogliasi ricorrere alle ipotesi più strane e inverosimili, ripugnanti al corso ordinario delle cose.

Si abbia presente a questo punto il concetto della certezza che fu dato più sopra nel capitolo VII, dove si disse che lo stato di certezza deve aversi per sussistente in tutti que' casi, nei quali v'ha un tale complesso di motivi a favore della verità di una cosa, da escludere i motivi che starebbero in favore del contrario. Quando pertanto il risultamento della più scrupolosa indagine consiste in un sì gran numero di ragioni che parlano per la verità dei fatti, e che inoltre son dedotte da quei medesimi criterj secondo i quali noi giudichiamo ogni giorno le umane azioni; e quando, per di più, si è fatto di tutto, ma invano, per persuadersi della possibilità del contrario; allora non possiamo negare che ci sentiamo tratti a dire questa es-

sere *certezza*. Or ciò avviene indubitatamente anche quando non si hanno altri argomenti che indizj; e se volessimo far tacere la convinzione che una data persona è colpevole, perchè è dedotta da un complesso d'indizj, dovremmo ricorrere alle più insolite spiegazioni, e cancellare tutte le nostre passate esperienze [11].

Aggiunta inedita.

Nuove ricerche hanno grandemente cambiate le idee relative alle fonti dalle quali può essere dedotta la certezza, secondo che o pel desiderio di tutto far sorgere dalla *intime conviction* si crea un così detto *senso del vero*, oppure si considera la certezza come il prodotto di una operazione dell'intelletto, giusta i precetti della logica. La prima di queste opinioni fu da ultimo sostenuta principalmente da Helie nel suo *Traité de l'Instruction criminelle*, (vol. V, pag. 391-416). Egli pone per principio che l'uomo ha in sè una tendenza al buono e al vero, e per leggi innate segue la sua coscienza, che gli offre un tatto sicuro per conoscere la vera indole delle azioni, per modo che anche la Giustizia si trova meglio assicurata quando i giudici o i giurati prendono a loro guida nel sentenziare la legge morale e la propria coscienza, cioè quella prova morale, quella libera impressione, che lascia nella loro coscienza un dibattimento.

Quest'opinione sembra a noi non soltanto erronea, ma anche pericolosa: e chi non vede che nasce dall'avere scambiata la condizione morale in cui ogni giudice si dee trovare quando sta per decidere? Allorchè egli ritiene come dimostrato che una data cosa è vera e giusta, nè eccitamenti, nè timori, nè speranze possono fuorviarlo nel manifestare il suo convincimento; che anzi il giudizio se un fatto sia vero, è una operazione dell'intelletto, in cui procede secondo certi criterj direttivi, esamina le prove e può rendersi conto così della via percorsa per trovar la certezza, come dei motivi della sua sentenza [1].

Ammesso che la decisione sulla verità dei fatti sia

11 Vedi la mia *Proc. pen. ted.* § 175.

1 Vedi la mia confutazione dell'opinione di Helie nell'*Arch. del Dir. Crim.* 1854, p. 132, nella memoria *Ueber den Zustand*, ecc. (Condizione del processo penale in Germania, ecc.).

una operazione logica, sorse però fra i più recenti cultori di questi studi una discrepanza d'opinioni per quel che concerne il grado di certezza di cui si debba contentare il legislatore nelle cose penali; vale a dire se possa pretendere la massima, la assoluta certezza, o debba dirsi sodisfatto anche con un grado minore. Questa indagine si legge trattata egregiamente nell'opera di Brugnóli [2], e merita speciale considerazione quella parte (pag. 81 e segg.) dove confuta l'errore, un tempo diffusissimo, che la quantità della pena possa misurarsi dalla quantità della certezza e della prova, errore con cui si solevano giustificare le pene dette *straordinarie*.

Anche sulla natura delle fonti da cui si trae la decisione avvi grande discrepanza d'opinioni. Taluni danno per esistente un senso interno, le cui impressioni noi seguitiamo valendoci di quel modo d'indagine che dicesi di *induzione*, per contrapposto alla conoscenza mediata, in cui ci atteniamo a quello che ci raffigurano i sensi, e lo consideriamo per vero; altri invece seguono la via della *deduzione* nella quale da fatti noti si conclude agli ignoti [3].

I logici danno ora una nuova dimostrazione delle fonti della prova giuridica, facendole consistere nei tre modi fondamentali di conoscere, che possiede l'umano intelletto, cioè l'intuizione, la ragione, l'esperienza [4]; d'onde prova intuitiva, razionale ed esperimentale (ivi, pag. 124) e tutte poi mediate o immediate. La prova immediata è quella in cui la verità delle idee su cui si fonda un giudizio è tratta direttamente ed unicamente o dall'intuizione, o dalla ragione o dall'esperienza; la prova mediata invece è quella in cui l'esperienza è sempre invocata in sussidio, affinchè presenti quei dati positivi a cui si cerca di riportare un fatto concomitante e posteriore (*).

2 Brugnóli, *Della certezza e prova criminale*, Modena, 1846, pag. 54-77.

3 Bonnier, *Traité théorique et pratique des Preuves* — dal n.° 5 al n.° 17. Questo Autore spiega la differenza tra l'*induzione* e la *deduzione* col dire che noi non possiamo quasi mai avere la prova immediata dei nostri sensi, e dobbiamo argomentare dal noto all'ignoto. Se i fatti ignoti son compresi in quelli noti, e l'intelligenza ne li cava, si procede per via di *deduzione;* se invece i fatti noti rendono soltanto probabili gli ignoti, l'operazione per la quale noi partiamo dai primi per risalire ai secondi, dicesi *induzione* — Best, *Treatise*, ecc. (Trattato), p. 3.

4 Kærcher, *Die Straferkenntniss*, (Delle sentenze nel processo penale), pag. 53.

(*) Tale è appunto la prova per concorso d'indizj; i quali sono dati positivi somministrati dall'esperienza, siccome significativi di altro fatto a cui si connettono — A.

Tutti questi modi d'indagine, sebbene con diverse denominazioni, si fondano però sull'idea capitale che la ricerca della verità da farsi dal giudice, deve consistere in una diligente operazione dell'intelletto; tutte le fonti gli giovano; egli le esamina coi metodi dimostrati migliori dalla ragione e dall'esperienza, e tanto gli servono i risultamenti ottenuti da una ispezione immediata del giudice, quanto quelli di una argomentazione dal noto all'ignoto. Il convincimento del giudice poi sulla verità dei fatti nasce dalla ponderazione di tutti gli argomenti favorevoli e contrarj; e può dirsi sufficiente allorquando si fonda su tal complesso di argomenti, chiaramente concepiti ed esaminati, che tutti convengano in un medesimo punto, e respingano qualsiasi dubbio che ragionevolmente si potesse sollevare.

CAPITOLO XV. (*bis*).

Mezzi di Prova.

Posto che lo scopo della prova è quello di raggiungere la certezza, tutti i mezzi che conducono a questo scopo sono altrettanti mezzi di prova.

† Le opinioni sulla essenza della prova in sè stessa, sul numero dei mezzi di prova, e sulla classificazione di essi, si distinguono a seconda del carattere che ha la teoria della prova, e del diverso modo di concepire le fonti delle umane cognizioni. Dove avvi una teoria legale, varrà come mezzo di prova soltanto ciò che il giudice è autorizzato dalla legge a prendere per fondamento della sua decisione (*a*); dove invece non avvi alcuna teoria legale, il circolo dei mezzi di prova sarà al certo più esteso, e comprenderà qualunque mezzo possa determinare i giudici o i giurati ad ammettere la verità dei fatti dell'accusa (*b*). Non-

(*a*) Così il § 261 del Reg. di proc. pen. austr. del seguente tenore: « *Specie di prove.* Può instituirsi la prova legale mediante:
I. la giudiziale ispezione oculare;
II. il parere dei periti;
III. la confessione dell'imputato;
IV. la deposizione di testimonj, fra i quali sono da annoverarsi anche il danneggiato ed i correi confessi;
V. documenti o scritti, oppure
VI. il concorso di più specie di prove incomplete, o di più indizj. »

(*b*) Così si esprime infatti circa le prove l'art. 342 del *code d'instruction* già riferito a pag. 131, nota 17.

dimeno anche seguendo questo modo di vedere, sarà sempre importante di ricercare che cosa sia un mezzo di prova in generale; poichè una saggia legislazione pone per principio che anche i giurati non devono andár dietro alle vaghe impressioni del sentimento, ma piuttosto ponderare col raziocinio i risultamenti del processo, e determinarsi soltanto sul fondamento delle prove, cioè di quegli argomenti che, e per ragione e per esperienza, sono atti a procurare una sufficiente convinzione ad un giudice che esamini accuratamente le cose (*a*). In questo medesimo significato le leggi inglesi (*b*) parlano di mezzi di prova (*proof*) e di evidenza, e i giuristi assennati raccomandano anche ai giurati del continente di ben esaminare in che cosa consistono le prove, e di non decidere che sul fondamento di esse (*c*).

L'opinione più diffusa era, ed è ancora, quella che una prova sufficiente per giudicare, ossia la vera certezza, non possa conseguirsi se non che per mezzo delle così dette prove *naturali;* di quelle cioè che scaturiscono dalla percezione *propria* (immediata o mediata, per modo che il concorso d'indizj o non è considerato assolutamente come un mezzo di prova, o si accetta bensì ma colla limitazione, che sopra indizj non si possa condannare a tutte indistintamente le specie di pene, e in particolare non a quella di morte (*d*). Ma dimostreremo più innanzi che siffatta opinione è erronea; in tutte le occorrenze più importanti della vita, l'uomo prende le sue de-

(*a*) Brugnóli, op. cit., pag. 98. « Provare vuol dire in genere far fede di una cosa; onde la prova è: *tutto ciò che serve ad assicurare più o meno una proposizione od un fatto, e a confermarne la verità.* »

(*b*) Best, nella sua opera *Treatise on the principles of evidence* (Elementi della prova), definisce la prova (p. 7) come *any thing with serves either immediately or mediately to convince the mind of the truth or falsehood of a fact or proposition,* (ciò che serve direttamente o indirettamente a convincere della verità o della falsità di un fatto o di una proposizione); *evidence* poi è adoperato, in inglese, o per significare lo stato di una cosa, d'essere evidente, cioè manifesta, o per significare tutto ciò che serve a far conoscere la verità ossia *a provare.* Anche Greenleaf nell'opera *Treatise on the law of evidence* (Trattato sulla legge della prova), vol. I, pag. 1, attribuisce alla voce *proof* un valore uguale ad *evidence,* ma nel senso più ristretto di *effetto dell'evidenza.*

(*c*) Per questo il sig. Hotz (Procuratore fiscale in Zurigo) nell'opera *Leitfaden für Geschworne* (Norme pei giurati), pag. 187, espone i singoli mezzi di prova e i requisiti di ciascuno di essi.

(*d*) Cosa notevole, in Inghilterra e in America accade frequentemente che i giurati assolvono, nelle accuse di delitti minacciati di pena di morte se la prova è formata soltanto da indizj.

terminazioni sul fondamento di mere presunzioni, poichè la ragione insegna che anche questa strada conduce alla scoperta della verità; e se talora si venne a conoscere più tardi l'erroneità di sentenze proferite sopra indizj, può dirsi che ciò dipendette dall'essersi trascurate quelle cautele, che son necessarie per far uso di questa prova. È certo altresì che in molti casi è sommamente difficile il decidere, se le prove che si hanno, son naturali o artificiali; come è certo eziandio che anche quando i giudici credono d'aver deciso sulle prove, dette naturali, p. e., sopra testimonianze o perizie, non hanno determinato il loro convincimento che tenendo dietro ad una catena di presunzioni (*a*).

Le distinzioni delle prove e la fissazione dei confini di ciascheduna di esse sono diverse, a seconda del diverso modo di considerarle (*b*).

I caratteri di ogni prova poi devono essere i seguenti:

1.° Che possa procurare al giudice quel convincimento che basta a fargli accettare come veri i fatti imputati; dee dunque presupporsi che il giudice esamini sempre ciascun mezzo di prova come tale, ed altresì il risultamento che questa prova ha somministrato, per poter dire se basti a ingenerare la convinzione della reità.

2.° Si possono considerare come vere prove soltanto quelle che valgono a procurare il convincimento necessario per proferire la decisione *finale*. Non è dunque da accogliersi la distinzione, che fanno molti giuristi, di prove *ad inquirendum*, e prove *ad condemnandum;* poichè il Tribunale, durante l'inquisizione, piuttosto che di prove, ha d'uopo di certi punti d'appoggio, per dedurne il diritto di procedere a certi passi ulteriori, sicchè gli bastano quelle che danno una verisimiglianza di certi fatti; ma le vere prove poi son quelle sole che somministrano la certezza (*) †.

(*a*) Di questo si legge una eccellente dimostrazione nella recente opera di Burrill, *A treatise on the nature and principles of circumstancial evidence in criminal cases* (Della natura e dei principj della prova indiziaria nei processi criminali). Nuova York, 1856, p. 207.

(*b*) Bonnier, nel suo *Traité des preuves* fa le seguenti distinzioni:

I.ª *Categoria:* Esperienza personale (ispezione oculare, periti).

II.ª *Categoria:* fede dovuta alle testimonianze; *a*) Prove semplici, confessione, (testimonj); *b*) Prove precostituite (documenti).

III.ª *Categoria:* Presunzioni, *a*) semplici, *b*) legali.

(*) Questa osservazione dell'Autore è confermata dalle disposizioni del Reg. di Proc. Pen. Austr. Dopo l'enumerazione (dimostrativa) contenuta nei §§ 138 al 140, degli indizj d'imputazione legale, che danno di-

La più comune esposizione dei mezzi di prova è la seguente:

I. Si considerano mezzi di prova quelli nei quali il giudice può riportarsi alla osservazione dei proprj sensi; tale è l'ispezione oculare.

II. Suolsi comunemente collocare nella stessa categoria la prova per mezzo di *periti*, in quanto che, dicesi, il giudice procede egli stesso co'suoi occhi all'ispezione, e se assume de'periti, gli è soltanto per valersene come di sussidj, per armare, a dir così, i proprj sensi, affinchè scoprano ciò che egli da sè solo non saprebbe riconoscere. Ma questa idea non è giusta, ed è facile il dimostrarlo. In quei casi ne'quali è prescritto che si assumano periti, (p. e., per riconoscere la profondità delle ferite, o la qualità dello strumento feritore) non è già il giudice che osserva, incapace come sarebbe, d'altronde, a far cotali ispezioni, ma è propriamente il perito, il quale bene spesso si vale per le sue osservazioni di mezzi speciali suggeriti dall'arte, e ne comunica poi i risultamenti al giudice. Siccome poi il giudice non si limita a richiedere dai periti una nuda ispezione, ma si fa dare il loro giudizio, riesce ancor meno ammissibile l'opinione che chi fa l'ispezione sia il giudice. Qual parte, p. e., ha il giudice nella dichiarazione che fanno i periti che una certa ferita sia letale, o che l'ucciso sia stato avvelenato? La prova per mezzo di periti adunque è una prova a sè, e non una sottospecie, o meglio, uno dei modi dell'ispezione oculare del giudice. Certo, in quei casi in cui, oltre il perito, anche il giudice ha fatte osservazioni sue proprie, la prova è tanto più tranquillante in quanto che il giudice s'è assicurato co' proprj sensi della verità di quelle cose che il perito afferma; ma negli altri casi la forza provante del parere dei periti dipende in parte dalla percezione dei sensi (poichè i periti si richiamano alla propria osservazione), in parte dalla fiducia che si

ritto all'avviamento della speciale inquisizione contro una determinata persona, leggesi nel § 142: « Anche *uno solo* fra gl'indizj summenzionati, e fra altri equipollenti, basta per la legale imputazione. Ma per avviare la inquisizione contro una determinata persona possono bastare anche *più* indizj remoti, come: cattiva riputazione, vita precedente diffamata, ecc. » È dunque evidente che basta una verisimiglianza; e lo dice espressamente il § 135. Ma quando si tratta di condannare, le prove debbono porre fuori di dubbio e il fatto e la reità; gli indizj remoti non han più efficacia di sorta, e anche i prossimi devono concorrere in un numero prefinito. — Vedi anche Baugnòli, op. cit., p. 131 — A.

ha nelle esperienze scientifiche e tecniche, le quali servirono di guida alle loro osservazioni; in parte, finalmente, dalla fiducia che si ha nell'attitudine dei periti ad applicare al caso i mezzi della scienza o dell'arte; a fare le loro osservazioni in modo completo ed esatto, e secondo le più acconce norme scientifiche; a dedurne le conseguenze legittime, e ad esporle fedelmente. Ecco pertanto come la teorica della prova per periti dimostra fondarsi la sua forza su presunzioni che conducono il giudice a persuadersi della verità di ciò che i periti hanno dichiarato (*).

III. La *confessione* dell'imputato suolsi considerare come uno di quei mezzi di prova, che si fondano sulla percezione *mediata* dei sensi; il che è facile a comprendersi, dal momento che la confessione apparisce come una testimonianza di sè medesimo [1], e per conseguenza merita fede, perchè l'imputato si riporta alla *sua propria* percezione, e dee perciò stesso conoscere meglio di chiunque lo stato dei fatti; tuttavia il giudice non presta fede alla *sola* testimonianza di sè medesimo (poichè altrimenti dovrebbe credere a qualunque confessione); sibbene an-

(*) Questa analisi degli elementi da cui si trae la forza provante delle perizie ci pare un tratto veramente ammirabile. Pongasi il caso di un avvelenamento tentato. I periti, dopo accurato esame delle materie miste col cibo somministrato alla vittima designata, concludono che ove ne avesse inghiottita una data porzione, ne sarebbe conseguita la morte. Il giudice, se gli altri dati del processo spiegano che l'intenzione dell'imputato era quella appunto di recare la morte, non esita più a condannarlo per attentato omicidio proditorio mediante veleno (come lo denomina il Cod. pen. austr. al § 135 n.°, 1). Or bene, quali sono gli elementi di certezza? Non v'ha dubbio che sono altrettante presunzioni. Il giudice non ha veduto, e se li avesse anche veduti, non avrebbe forse compresi i fenomeni che le materie venefiche avevano prodotto nel corpo del danneggiato; egli presume, crede, essere una verità incontrastabile che quel bruciore allo stomaco, quel tremito delle carni, quella febbre, quel delirio, siano la conseguenza di un veleno inghiottito; e lo crede perchè lo dice la scienza, la quale poi non è che il risultato delle esperienze di tanti uomini e di tanti secoli. Egli presume che i periti abbiano rettamente analizzate le materie; che abbiano saputo distinguere quali fenomeni dipendessero esclusivamente dal veleno, e quali da altre cause, forse naturali; che abbiano seguite le teorie più accreditate, per poter dire quali sarebbero state le conseguenze se il veleno fosse stato preso in una dose maggiore; che finalmente siano stati fedeli e leali. Dalla somma di tutte queste presunzioni il giudice trae il convincimento, non solo che sia vero ciò che i periti hanno detto di avere rilevato, ma che altresì *sarebbe stata* certa la morte, se il veleno fosse stato preso per intiero. — Nessuna meraviglia pertanto se la prova per periti è il campo dei dubbj e delle contestazioni da parte dei difensori, e se si reclamano sovente nuove perizie e i voti delle facoltà universitarie — A.

1 Vedi la raccolta di decisioni del Tribunale d'appello in Parcham, publicate da Nettelbladt, P. I, p. 76.

che qui, come sarà dimostrato a suo luogo, egli è convinto per una serie di presunzioni [2]. E in vero è una presunzione, e non più, quella che fa dire doversi fede a colui che depone contro il suo proprio interesse, senza la speranza di un qualunque vantaggio; è una presunzione quella che ci fa credere essere il confitente spinto dall'interna voce della sua coscienza ad ammettere la sua reità; e quando noi giudichiamo doversi credere pienamente al confessato delitto: essere verosimili i fatti confessati: ed essere in consonanza colle altre verificazioni del processo, noi decidiamo pur sempre per effetto di presunzioni.

IV. Lo stesso accade della *prova testimoniale*. Si direbbe, a prima giunta, che la ragione di credere ai testimonj consista in ciò, che essi si riferiscono alle percezioni dei proprj sensi; ma chi meglio consideri, troverà di nuovo che è una serie di presunzioni, e non altro. Si presume in fatti che il testimonio abbia potuto percepire esattamente la verità; che l'abbia ritenuta fedelmente, e che, in fine, abbia voluto manifestarla pura ed intiera. Questo nostro ragionamento sulla credibilità dei testimonj è già per sè stesso l'effetto di presunzioni, e siccome la prova per mezzo di testimonj si ha per sussistente soltanto allora che due di essi siano concordi nelle loro deposizioni, è altresì per effetto di presunzioni che noi diamo fede a quell'accordo (*); e per ultimo son presunzioni anche quelle che ci fanno credere alle deposizioni di parecchi testimonj che per sè stessi sarebbero sospetti (**).

2 *Proc. Pen. ted.*, § 154.

(*) « La presunzione di verità in favore della testimonianza sale al grado di certezza storica quando le testimonianze sono concordi. Infatti se due o più persone, senza previi concerti, confermano un fatto con tutte le sue circostanze, è moralmente impossibile che il fatto stesso non sia vero, chè il pensiero dell'uomo è imperscrutabile, e il campo entro il quale può spaziarsi l'umana immaginazione è immenso, e se avviene che i fantasmi dell'uno coincidano con quelle dell'altro, questo è un caso da porsi nella classe degli straordinarj. » GENNARI, *Teoria delle prove nel processo civile*, § 57. Vedasi anche PRATOBEVERA, *Della prova per testimonj*, § II.

(**) *Parecchi* testimonj; perchè trattandosi di persone, ciascuna delle quali meriterebbe poca fede (l'uno, p. e., perchè parente di colui in favore del quale depone, l'altro perchè creditore, il terzo perchè condannato una volta per furto, ecc.) è facile supporre che la concordanza delle loro deposizioni dipenda da concerto, supposizione che non potrebbe farsi se fossero persone superiori ad ogni eccezione. Ora siccome un concerto è tanto meno verosimile quanto maggiore è il numero dei testimonj, poichè a fronte dei sospetti che fa sorgere la loro qualità personale, pure

V. Niun dubbio che si debba collocar tra le prove anche *il concorso degli indizj,* poichè, come già dimostrammo nel precedente capitolo, è senza fondamento il supporre che la certezza si possa ottenere soltanto per mezzo della percezione dei sensi; laddove anche il più acuto e sottile ragionatore deve ammettere che (osservate certe cautele) è possibile di convincersi della verità anche per mezzo delle verosimiglianze e delle presunzioni.

VI. Quanto ai *documenti* son necessarie alcune limitazioni, per poterli annoverare tra le prove, poichè, come si dimostrerà a suo luogo nell'esame di questo mezzo di prova, i documenti per sè stessi non valgono a stabilire la prova che ne sia autore l'imputato, volendosi a tal fine o la sua confessione o testimonianze che ne facciano fede; per di più poi nel maggior numero dei casi non si possono trarre dai documenti che presunzioni. Nondimeno, poichè i documenti possono essere importanti nella prova della essenza di fatto (ossia del fatto in genere), e siccome se publici sono di grande influenza, e se privati possono per lo meno modificare le altre prove (*), così anche i documenti si possono, in un certo senso, collocar tra le prove.

VII. A' termini del diritto penale comune in Germania potrebbe, a vero dire, annoverarsi tra i mezzi di prova anche il giuramento, o, più propriamente, una delle specie di esso, cioè il giuramento *purgatorio.* Il giudice (in questo sistema) udite le giustificazioni dell'imputato, può fondare la sua decisione sul giuramento di quest' ultimo e persino condannarlo (così pensano molti giuristi e così stabiliscono parecchie leggi) se non accetta di prestare il giuramento purgatorio. Noi però crediamo che una savia legislazione, la quale voglia seguire, quanto alle prove, una teorica conforme alla ragione, difficilmente ammetterà più

taluno di essi potrebbe voler dire la verità, ed anche volendola tutti alterare, è poco verosimile che si accordino nel modo, e lo sappiano ritenere e deporre; così è forza concludere che se *più di due* testimonj, benchè sospetti, sono concordi, abbiano detto il vero. Veda il lettore qual catena di presunzioni e di ragionamenti bisogna seguire per spiegar questo caso. E nondimeno parecchie anella non sono espresse, perchè si possono facilmente sottintendere — A.

(*) Una lettera di tenore sospetto può gettar luce su altre prove; la data di una annotazione può spiegare un intiero fatto. Sarebbe sommamente improvvida la legge che non ammettesse la prova per mezzo di documenti, quando almeno concorre con altre — A.

nel suo codice penale il giuramento purgatorio come uno dei mezzi di prova (*). Per lo stesso motivo noi esamineremo bensì, nel seguito di queste ricerche, anche la dottrina del giuramento, ma soltanto perchè ci siam proposto di spiegare il sistema tedesco comune, riconoscendo e proclamando del resto, non potersi assolutamente approvare dalla ragione che lo si ponga tra le prove.

Le recenti controversie sul numero dei mezzi di prova, e sulla distinzione tra *mezzi* e *fonti* di prova, hàn prodotto ben poco profitto; e non a torto furono dette sottigliezze da grammatici, [3] che non hanno valore di sorta, nè per la legislazione, nè per il giudice. Che cosa ci si guadagna, p. e., allorchè, seguendo Gensler [4], si dice che nella prova testimoniale vi ha un *mezzo di prova*, cioè il testimonio, una *fonte materiale di prova*, cioè la sua deposizione, e una *fonte giuridica di prova*, cioè quello che il giudice ne trae per il suo giuridico convincimento?

Mezzi di prova, in senso legale, sono quei fondamenti, che a termini di legge bastano a somministrare al giudice il convincimento necessario per poter accogliere come certi i fatti rilevanti, che sono oggetto della decisione [5]. A voler discutere quali mezzi di prova abbia da ammettere una savia legislazione, non mancherebbe materia; potendosi, p. e., discutere se sia da annoverar tra le prove anche il concorso di indizj concludenti. E quelli che sostengono non potere gli indizj far sorgere la certezza, devono per necessità cancellarli dal novero delle prove. Così pure, secondo il diverso punto di vista da cui si parte, si è disputato se i documenti siano, o no, mezzi di prova; ma questa ed altre simili controversie, non fanno, come già dicemmo, buon servigio alla causa della verità e della giustizia; accontentiamoci di studiare profondamente tutte le prove, una per una.

(*) Vedi la nota alla prefazione di questa versione italiana — A.

3 Mühlenbruch, *Entwurf des Civilprocesses* (Progetto di procedura civile) pag. 154, nota.

4 Nell'Arch. per la pratica civile, P. I, p. 29 e 40.

5 In tal modo il codice penale di Baviera (P. II, art. 260) dichiara sopra quali mezzi di prova il giudice può proferire una sentenza di condanna.

CAPITOLO XVI.

Distinzioni delle prove; e in particolare della prova completa ed incompleta, naturale ed artificiale.

Se la parola *prova* si prende come equivalente alla parola *certezza*, non v'ha dubbio che si offre agli avversarj della teoria legale di prove [1] sufficiente argomento di ridersi delle distinzioni che si fanno in Germania, tra le prove semipiene e le più che semipiene. Certo, se quello fosse il senso che si suol darvi, in guisa che la prova venisse considerata come una quantità matematica che si volesse dividere in parti, la censura sarebbe giusta [2]. Ma tanto nel significato che vi davano i giureconsulti antichi [3], i quali già parlavano di una *semiplena probatio*, quanto nel modo di vedere dei pratici moderni, con queste parole si indicano soltanto quei casi [4], nei quali la constatazione delle prove sia riuscita appena imperfettamente; nei quali, cioè, non siasi potuto raccogliere quel complesso di argomenti di convinzione, che basta a produrre la certezza, ma però quanti bastano a rendere verosimile l'incolpazione. Egli è indubitato che l'espressione di prova semipiena o più che semipiena, dev'essere stata introdotta da prima nel processo civile [5], allorquando bisognava trovar degli indizj che potessero servire al giudice come punti d'appoggio, per deferire alla parte il giuramento, necessario a completare la prova; quando, p. e., essa avesse offerta la prova col mezzo di un testimonio solo, e trattavasi di integrarla col giuramento suppletorio. Ma ben presto invalse il costume di far uso di questa medesima frase anche nel processo penale, parte perchè nel corso di esso trattavasi sovente di decidere (a seconda della verisimiglianza che già vi fosse della incolpazione), se si potesse procedere a

1 Meyer, *Esprit, origine*, ecc. L. II, c. 14.
2 Elsaesser, *Ob die Wahrheit Grade habe* (Se la verità abbia gradi) negli *Studi giuridici* di Gmelin ed Elsaesser, vol. II, p. 182.
3 Ne parlavano già Bonifacius, *De maleficiis* nel cap. *De probat.* — Clarus, *sentent.* lib. V, quæst. 63, n.° 9.
4 Quistorp, *Grundsätze* (Principj fondamentali) § 676 — Steiger, *Vermischte Abhandl.* (Dissertazioni diverse) Magonza 1809, n.° I. — Tittmann, *Handbuch* (manuale) III, § 840.
5 Schneider, *Die Lehre vom Beweise* (Teoria della prova), p. 408.

certi atti, p. e., ad applicar la tortura, all'arresto, alla perquisizione domiciliare, od alla speciale inquisizione [6]; parte perchè si credeva giusto, nei casi di urgente verosimiglianza, di pronunziare nella sentenza certe sanzioni pregiudizievoli contro l'imputato; p. e., di deferirgli il giuramento purgatorio [7], o di scioglierlo soltanto *ab instantia*. Tutte queste misure furono pertanto fatte dipendere da prove, che si dissero *semipiene* od *incomplete*, per più facile intelligenza [8]. Ma non mancarono mai censure a tai modi di dire [9], benchè d'altra parte sorgessero taluni persino in questi tempi a difenderli [10], e si facessero scudo di qualche espressione della C. C. C. [11]. Se poi sia necessario che una legislazione tratti della prova incompleta e più specialmente della prova semipiena [12], è quistione che va congiunta alle idee che si hanno sulla teoria legale delle prove e sulla importanza e valore di essa. E infatti è cosa ovvia che dove il Giurì, o il Tribunale composto di giudici regolari, decide per intimo convincimento, la denominazione di prova incompleta non ha significato di sorta, non altro dovendo dichiarare i giudici se non questo: se siano o non siano convinti, — per proferire, nel primo caso una sentenza di condanna alla pena minacciata dalle leggi, e nel secondo caso l'assoluzione dall'accusa: poichè torna lo stesso che una cosa sia provata appena per metà o non lo sia del tutto. Viceversa credettero alcuni che in una legislazione, la quale ammette una teoria legale di prove, la pena sia da misurarsi secondo il grado della prova. E come, giusta le parole d'un recente scrittore [13], la quantità della colpa si misura col modulo della coscienza, così si credette di poter giustificare la pena straordinaria. Altri scrittori poi, che

6 E così invalse la regola che per avviare la speciale inquisizione basta una mezza prova (semiprova).

7 Carpzov, *Praxis*, Quæst. 116, n.° 62.

8 Globig, *Censura rei judicialis*, vol. II, in luogo di questa frase adopera quella di *probatio plenæ propior* o *plenæ remotior*.

9 Mathæi, *de Crimin.* lib. 48, tit. 15, c. I, n.° 5 diceva: *probare est fidem facere; — non facit autem fidem is qui, ut illi loquuntur, semiplene probat.* Vedasi anche Kleinschrod, nel vecchio Archivio, vol. IV, Punt. 3, n.° IV, § 7.

10 Stübel, *Ueber den Thatbestand* (Della essenza di fatto), § 259 a 279. Bauer, *Grunds.* (Principj), § 135.

11 Art. 25 e 30 C. C. C.

12 Il Cod. di Baviera all'art. 286 parla ancora di mezza prova, o prova semipiena.

13 Gaus, *Beiträgen zur Revision der Gesetzgebung* (Contribuzioni per la riforma della legislazione), fasc. I, p. 92.

non ammettevano siccome pien provanti gli indizj, volevano che, concorrendone parecchi, si formasse una prova semipiena, e si applicasse per conseguenza una pena straordinaria [14].

Ma se, come speriamo, noi riesciremo a dimostrare a suo luogo, che una savia legislazione deve ammettere anche la prova per mezzo d'indizj, e che non sono giustificabili nè la prova straordinaria nè la *absolutio ab istantia*, egli è ben naturale che si tenga parola unicamente di prova piena o completa, e che niun valore si possa attribuire al concetto di prova incompleta.

La prova suolsi altresì comunemente distinguere in *naturale* e *artificiale*, detta da altri *circostanziale* [15]. La prima, che s'appella anche prova *diretta* o *immediata* [16], è quella che somministra direttamente, e senza intermedio alcuno, gli argomenti della verità di ciò che vuol dimostrare. La seconda, per lo contrario, si fonda sopra tali dati, dai quali la verità di una cosa si deduce soltanto per mezzo di argomentazioni [17]. Tutti s'accordano nel riconoscere che la prova naturale è costituita da quei mezzi che si riferiscono alla percezione fisica o dei sensi, cosicchè il suo contrapposto è la prova indiziaria, perchè è artificiale o circostanziale. Coloro pertanto [18] che non ammettono la possibilità di formar mai cogli indizj una prova piena, sono poi costretti (se si prende prova e certezza per la medesima cosa) a negare che esista una prova artificiale (*). E per verità sembra giusto, a primo aspetto, che quando avvi

14 Carmignani, *Teoria delle leggi*, ecc., vol. IV, p. 224-227 (Lib. v, c. xiv). — Anche nell'opera recente di Brugnóli (*Della certezza, ecc.*), p. 126, si tratta della distinzione tra prova *piena* e *semipiena*, *maggiore della semipiena* e *minore della semipiena*.

15 Così la chiama, p. e., Bentham, *Rationale*, ecc. (Principj, ecc.) vol. III, pag. 1.

16 Tittman, *Handbuch* (Manuale) III, § 859 — Vedi anche Heinroth, nel giornale di Hitzig, fasc. 42, p. 237.

17 Bauer, *Grundsätze* (Principj), § 136 — Ranft, *Ueber den Beweis* (Delle prove), § 42.

18 p. e., Carmignani.

(*) Il testo dice: (pag. 140) *Diejenigen, welche nie zugeben, dass durch Indizien ein vollständiger Beweis bewirkt werden könne, müssen auch die Existenz eines künstlichen Beweises (wenn man Beweis und [Gewissheit für identisch nimmt) läugnen.* La traduzione francese dice per l'opposto: *Ceux là même, d'ailleurs, qui ne veulent jamais voir la preuve complète dans les indices, ne pourraient nier l'existence de la preuve artificielle du moment que preuve et certitude sont deux expressions synonimiques* (p. 152). E così, letteralmente, anche la traduzione palermitana a pag. 114 — A.

una prova naturale, anche il giudice si senta più tranquillo e sicuro, e il legislatore lo possa autorizzare ad infliggere qualunque specie di pene, anche le più rigorose, perchè, se niun motivo viene a far dubitare della integrità dei sensi, ai quali si appoggia la percezione personale del testimonio, le cose dimostrate colla sua testimonianza, si possono dire al certo provate in modo diretto. Non così nella prova artificiale; chè per essa il convincimento non si ottiene se non per via di argomentazioni, facilmente ingannevoli; e perchè noi ci decidiamo (puramente di nostro libero arbitrio) ad ammettere uno stretto legame tra molte, forse accidentali, circostanze accessorie.

Noi però abbiam già cercato di dimostrare più sopra, essere erronea l'opinione che certi mezzi di prova riposino sulla percezione dei sensi, e che per conseguenza meritino essi soli tutta la fede; e doversi dire, piuttosto, che in ogni processo il convincimento sulla credibilità delle prove e sulla verità dei fatti, non sorge che dal razionale esame di una serie di argomentazioni [19]. Ma se ci verrà fatto di dimostrare, parlando della prova indiziaria, che anche gli indizj possono somministrare una piena prova, chiaro apparirà altresì che la distinzione della prova in naturale e artificiale, non ha alcuna pratica importanza.

Aggiunta inedita.

Non è a tacersi che anche in Inghilterra e nell'America settentrionale [1] è conosciuta la distinzione tra la prova diretta o naturale e la prova artificiale, e che son conosciuti anche i vantaggi e i difetti d'ognuna di queste specie, come verrà dimostrato in progresso. Epperò così in Inghilterra come in America i Presidenti procurano di far comprendere ai giurati, potersi anche colla prova artificiale conseguire una piena certezza.

Ma codesta distinzione ha poi un effetto pratico di gran rilievo in quei paesi, dove, come in Austria, la legge stabilisce che nei casi di prova indiziaria non si possa

19 Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Criminalprocesses*, (Trattato del processo criminale comune) Königsberg, 1833, § 92 in nota, pag. 225.

1 Best, *Treatise*, ecc. (Trattato), p. 565 — Wills, *Essay on the principles of circumstancial evidence*, (Saggio sui principj della prova circostanziale), p. 26 — Burrill, *Treatise on circumstancial evidence*, (Trattato della prova circostanziale), p. 99.

pronunziare una sentenza di morte (*). Del resto anche in qualsiasi legislazione una importanza v'è pur sempre in questo, che nel raccogliere gli indizj, nel valutarli e nel farne uso, dev'essere impiegata una particolare operazione della mente, allo scopo di evitare certi pericoli, che in questa specie di prova occorrono più facilmente che in ogni altra.

CAPITOLO XVII.

Se nel processo penale si possa parlare di CARICO DELLA PROVA (**).

Ammesse le differenze, dimostrate a suo luogo, tra la prova nel processo civile e la prova nel processo penale, torna facile il persuadersi delle conseguenze dannose, che deriverebbero dall'applicare a quest'ultima certe regole che appena si convengono a quella. Noi stimiamo che tra le regole non applicabili al processo penale siavi quella del *carico della prova*. Tutto al più se ne potrebbe parlare nel processo accusatorio: poichè in esso l'accusatore asserisce; e nell'atto che, accusando, reclama il suo diritto, si pone in lotta con un accusato [1], per guisa che tutto il processo apparisce propriamente null'altro che una lotta fra l'uno e l'altro, allo scopo di guadagnare, ciascuno per sè, la persuasione del giudice. Ne consegue pertanto che ognuna delle due parti sia in obbligo di provare le proprie asserzioni, e che, se l'accusatore non sa dimostrare quelle sulle quali si fonda la sua accusa, l'accusato debba essere assolto [2].

(*) Reg. di proc. pen. austr. § 284. Verrà occasione di esaminarlo più da vicino quando si parlerà della efficacia della prova indiziaria — A.

(**) *Carico della prova* per *obbligo* di produrre la prova, è oramai frase tecnica adoperata dagli scrittori; e ognuno vede che l'*onus probandi* dei latini e il *fardeau de la preuve* dei francesi, e il *Beweislast* dei tedeschi, son tutte frasi sorelle. È conosciuta la pregevole operetta del Dottore Teobaldo Rizy: *Intorno al carico della prova nel processo civile*, (trad. Maltini, Milano 1845, Visai) — A.

1 Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 57, (Lib, IV, c. V). « L'accusa, comecchè di sua logica natura *assertiva*, non può articolarsi se non abbia un soggetto *certo* su cui si possa appoggiare: onde le bisogna un materiale d'offesa per sè medesimo manifesto: un offensore con certezza perseguitabile. »

2 L. 6 Cod. *de dolo malo* (II, 21) « Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. » E L. ult. Cod. *de probat.* (IV, 19) « Sciant cuncti, ecc. » già riferita a pag. 11, nota 13.

Nel processo inquisitorio, al contrario, il giudice inquirente, incaricato dal governo di investigare la verità, procede cautamente, dubitando sempre, e senza fare una diretta incolpazione, per timore di pregiudicare all'imputato; tutta l'inquisizione è una costante e operosa indagine di quei materiali che possono porre il giudice decidente in situazione di proferire una giusta sentenza; nè mai l'inquirente si considera come incaricato di ricercare unicamente la reità; ma anzi con pari sollecitudine si giova d'ogni traccia da cui possa ripromettersi un risultamento favorevole per l'imputato, non potendosi concepire l'idea di certezza della reità, sino a tanto che sussistano dei dubbj circa la verità dei fatti. Nell'inquisizione adunque non dev'esservi parzialità, e perciò stesso sarebbe erroneo il dire che all'inquirente spetta il carico di provare la reità, e all'imputato quello di provar l'innocenza.

Quando però si consideri attentamente l'indole vera del processo penale, si scorge che, non ostante la differenza tra l'accusatorio e l'inquisitorio, hanno ambidue certi caratteri fondamentali comuni, che scaturiscono dalla essenza del processo giudiziale in genere, di cui il processo penale non è altro che una specie. Questi caratteri sono:

1.° Che due parti si stanno a fronte;

2.° Che la controversia s'aggira intorno a una certa pretesa, che l'una move contro l'altra;

3.° Che v'hanno opposte asserzioni di fatti, per sostenere ciascuna le proprie pretese.

Anche nel processo inquisitorio è lo Stato o la società civile che col mezzo di un funzionario, incaricato d'indagare la verità, chiede, per l'interesse suo proprio, che il reo sia punito. Sebbene non vi sia una formale accusa, l'avviamento del processo e le misure che vengono publicamente prese contro l'imputato, contengono già in sè l'incolpazione ch'egli abbia commesse certe azioni punibili. Per lo meno poi dal momento che si apre l'inquisizione *speciale* avvi di sua natura una accusa, perchè allora è incolpata una determinata persona, e d'un delitto parimente determinato. Laonde non v'ha dubbio che allora lo Stato, se domanda la punizione del reo, è anche in obbligo di dimostrare quei fatti dalla cui certa sussistenza dipende l'irrogazione di una pena [3]. Nè giova gran fatto invocare

3 Ordin. Crim. Pruss., § 363 e 364.

la presunzione d'innocenza che è espressa nella nota regola *quilibet presumitur bonus, donec probetur contrarium* [4]. Prima di tutto questa presunzione non trovasi in nessun testo di legge [5]; e inoltre se ne potrebbero trarre facilmente conseguenze erronee; anzi l'andamento istesso del processo penale dimostra abbastanza che anche durante la inquisizione si intraprendono tali atti contro un imputato, per i quali si presuppone che egli verosimilmente sia il colpevole. Quella presunzione poi è anche superflua [6], ben comprendendosi già da sè, che se taluno domanda che siano irrogati dei mali ad un altro, a cagione di fatti illeciti da lui commessi, deve altresì dimostrare quei fatti di cui lo incolpa. Nè la sua sola asserzione potrebbe bastare; e la giustizia non potrebbe permettere che alcuno, per pretese violazioni della legge, soffrisse un male qualunque, fino a tanto che tali violazioni non fossero dimostrate con certezza. La sola regola che scaturisce dall'indole del processo inquisitorio si è quella che l'inquirente, appunto perchè cerca la verità, si sforzi di sgombrare ogni dubbio; e persino in quei casi, in cui par che ci siano le prove più convincenti della reità, impieghi ogni mezzo, così per completare codesta prova della reità e portarla al più alto grado di certezza, come per rintracciare, con uguale sollecitudine e diligenza, tutto quello che potesse affievolirla o in qualche modo giovasse all'imputato [7]. Tutto questo procede spontaneamente da ciò, che la certezza non altro può essere che il prodotto di una indagine scrupolosa, nè consistere in altro che in quella condizione d'animo in cui gli argomenti che stanno a favore della verità d'una cosa, sono siffattamente preponderanti, da dissipare i dubbj e gli argomenti che stanno per la possibilità del contrario.

Mosso da questa mira, di porre il giudice decidente in situazione di poter proferire la sua sentenza sulla certezza della reità, l'inquirente tien dietro a ogni traccia che possa tornar favorevole all'imputato; sente i testimonj, pur che abbia dagli atti un argomento, anche lievissimo, per supporre che possano in qualche modo giustificarlo o in-

4 Rolin, *De delictor. probat.*, p. 155, Bentham, *Traité des preuves*, II, pag. 18, ecc.

5 Martin, *Lehrb. des Criminalproc.*, § 12, nota 9.

6 Weber, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung* (Del carico della prova), nuova ediz. di Hessler, p. 95.

7 *Proc. pen. ted.*, § 57.

debolire la prova. E se, per avventura, l'imputato, timido o fuorviato da altrui consigli, non vede i punti che gli possono tornar vantaggiosi, l'inquirente ne lo fa accorto [8]; donde si vede come la pratica istessa [9] non consideri le suggestioni siccome colpite dal generale divieto, qualora abbiano per iscopo di porre in essere la prova dell'innocenza [10].

Da tutto ciò può concludersi essere bensì inesatto il dire che l'inquirente, quale accusatore, abbia il carico della prova della reità, ma essere altrettanto vero che l'imputato ha diritto di esigere la prova piena di quei fatti che gli vengono apposti, e dalla sussistenza de'quali dipende l'applicazione della pena che dev'essere proferita [11].

S'aggiunga che in gran parte le accuse riflettono, non già i fatti esteriori, ma piuttosto la qualità dell'intenzione, ossia l'interno dell'uomo, che è occulto e non riconoscibile col mezzo dei sensi. In questi casi non è possibile di argomentare altronde che dalle esterne apparenze, in guisa che anche la prova sembra riferirsi unicamente ai caratteri obbiettivi del reato, avvegnachè la morale imputabilità, ossia la prava intenzione (dolo) non par che si possa dimostrare con tutto il rigore delle prove, e i giudici non fan che argomentare dai fatti esterni l'intenzione criminosa.

Quest'opinione per altro diede occasione a molti errori, e questi alla massima che il dolo si presume [12] od almeno che la presunzione sta per la imputabilità dell'incolpato [13], e che perciò spetta a lui di addurre la prova contraria se vuol abbattere la presunzione. Ma altro è che il dolo, nella più parte dei casi, si debba argomentare per mezzo di presunzioni ed indizj, ed altro che siavi una presunzione legale del dolo [14]; e fu anzi omai dimostrato che anche quei passi delle leggi romane a cui taluni ricorrevano, non esprimevano punto questa presunzione [15]. Il

8 Nell'art. 47 della C. C. C. quest'obbligo del giudice inquirente si trovava espressamente formulato.

9 Intorno al vero valore di questa opinione vedasi Parst, *Von den Suggestionen*, (Delle domande suggestive), p. 165 — Tittmann, *Handb.* (Manuale), III, p. 363.

10 Cod. Bavarese art. 185.

11 *Proc. pen. ted.*, § 134.

12 Quest'era la prima opinione di Feuerbach, *Lehrb* (Trattato) § 60.

13 Questa è l'opinione di Feuerbach, nella nuova edizione dell'opera stessa, al § 88.

14 Il Cod. bav. all'art. 43 stabilisce siffatta presunzione.

15 Vedi in particolare Wening nel *nuovo Arch. del Dir. Crim.* v. II, n.° 9.

dolo appartiene esso pure agli elementi essenziali dell'accusa; e se può irrogarsi una pena soltanto a colui il quale ha violata la legge con prava intenzione; se l'imputato può pretendere che si provi l'accusa d'aver egli ucciso un uomo, può altresì pretendere che si provi anche l'altra parte dell'accusa, ch'egli abbia, cioè, commesso questo omicidio con prava intenzione [16]. E diciamo *si provi*, perchè se può supporsi che ogni uomo sia un essere ragionevole e che agisca dietro un divisamento, non è però lecito ancora di dedurne, che dunque abbia agito con dolo.

Certo, se, *durante l'inquisizione*, oltre i caratteri esterni di reato, vi son anche argomenti pei quali è verosimile che sia stato commesso con dolo, è ben giusto che si vada dietro a questa verosimiglianza, e che il dolo, per il momento, si presupponga [17]. Ma ciò non vuol dire che l'inquirente sia esonerato dall'investigare con la massima diligenza, quelle circostanze che servono a provare il dolo, del pari che quelle le quali possono procurare all'imputato una qualche giustificazione. Ma quando poi trattasi di proferire la sentenza difinitiva, i giudici, con matura riflessione, pongono a riscontro la giustificazione data dall'imputato [18] colle circostanze effettivamente verificatesi, e ne traggono conclusioni [19] colle quali spiegano il reato commesso, secondo le circostanze che lo accompagnano, quali, p. e., l'indole delle ferite, le precedute minacce e simili. Ecco dunque che ben sovente il dolo si dimostra soltanto per via di argomentazioni; ma non può dirsi perciò che il dolo si presuma, perchè se ciò fosse, il giudice non avrebbe nessun bisogno di dimostrarlo, ed anzi toccherebbe all'imputato di provar il contrario [20].

16 Leg. 6 Cod. *De dolormalo.*
17 *Nuovo Arch. del Dir. Crim.*, vol. VI, pag. 351.
18 Quella, p. e., d'avere agito per mera imprevidenza.
19 Ai termini del rescritto imperiale del 1594 § 68 il dolo può dunque essere provato col mezzo degli indizj.
(20) Vedi anche la mia *Anleitung zur Vertheidigungskunst* (Guida all'arte della difesa), § 44 (*) — Rossi, *Traité de Droit penal*, vol. II, pagina 228-243 — Rosshirt, *Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts* (Spiegazione dei principj fondamentali del diritto penale), pag. 212.
(*) Quest'opera venne tradotta in italiano dal ch. Dott. C. F. Gabba (Milano, Civelli, 1858), con aggiunte dell'Autore e note del traduttore. È un'opera che può servire di utilissimo indirizzo pei difensori, onde nulla trascurino, in ogni stadio del processo e sotto ogni aspetto, per giovare all'accusato, senza offendere la giustizia. I principj professati dall'Autore, hanno quella medesima impronta di indipendenza e di lealtà che traspira

E neppure la imputabilità può essere presunta dalla legge: perocchè se l'incolpato la nega, sotto qualsiasi aspetto, egli, in ultima analisi, nega il dolo; e l'inquirente ha il dovere di raccogliere colla medesima coscienziosità tutti i materiali che stanno per la imputabilità, insieme con quelli che rendono verosimile la giustificazione o la scusa addotta dall'imputato, p. e., l'ubbriachezza. Anzi l'officio dell'inquirente, di ricercare egli stesso il vero, si spinge tant'oltre, che, quand'anche l'imputato non adducesse da sè la giustificazione procedente dallo stato suo mentale[21], l'inquirente dovrebbe farlo investigare dagli esperti[22], tostochè gli sorgesse il sospetto d'alterazione, o per le deposizioni dei testimonj o per qualche stranezza nel contegno dell'imputato. Tutto quello che si raccoglie vien poi dai giudici sotto-

da tutti i suoi scritti. Il difensore però non deve cercarvi cose fatte, nè difese preparate; ma vi troverà una sistematica enumerazione di tutti i punti nei quali la difesa ha un cómpito da soddisfare, servendo ad un tempo e la causa publica e l'interesse del suo cliente. Le numerose citazioni, sì dal lato meramente legale, come dal lato letterario, per quel che concerne la parte oratoria delle difese, aprono la strada allo studio più ampio sì del diritto che dell'arte del dire; e resta soltanto a desiderare che in una ristampa dell'opera, vi si inseriscano dal ch. traduttore, taluni degli splendidi modelli di difese, di cui è ricca la letteratura giudiziaria italiana, massime del Regno di Napoli, e della Toscana. — Di una opinione propugnata in quel libro, ed anche nella prefazione del traduttore, già occorse di far cenno, senza nominarne la fonte (a pag. 64 nota *). Ora non possiamo tacere che anche l'opinione manifestata dal traduttore nella nota * a pag. 102, dove dice che il Reg. austr. di proc. pen. stabilisce una vera *presunzione del dolo* nel § 268, non ci sembra pienamente fondata. Noi riferimmo questo § nella nota ** a p. 82 della presente opera: e i lettori, considerandone il tenore, non esiteranno a convincersi che in quel § il legislatore volle esprimere unicamente che la prova intenzione, cioè il dolo, può dimostrarsi per mezzo di argomentazioni tratte dai dati estrinseci del fatto, secondo il criterio del giudice. Non è dunque una *presunzione*, ma una *dimostrazione* del dolo per via d'indizj; come avviene nel più dei casi, trattandosi di materia che si sottrae a una prova rigorosa. L'effetto poi di queste argomentazioni, può essere bensì soltanto un alto grado di verosimiglianza, ma è quella appunto che basta a fondare la certezza morale, come l'Autore stesso ha dimostrato a suo luogo. Quella distinzione, che ci sembra di vitale influenza, tra la presunzione del dolo e la dimostrazione indiziaria di esso, leggesi egregiamente sviluppata nella diss. di Wening, *Della presunzione del dolo malo*, nel vol. I degli *Scritti Germanici di Dir. Crim.* tradotti dal prof. Mori — A.

21 E di certo l'ammalato di spirito non vorrà dirsi tale egli stesso.

22 Sul quesito, quando si debba fare un *exploratio mentis*, vedi la *Proc. pen. ted.*, § 140. (Nel § 95 del Reg. austr. di proc. pen. è ingiunto al giudice di far esaminare lo stato mentale dell'incolpato, quando nasca dubbio se abbia l'uso della ragione oppure sia affetto da una malattia di mente o d'animo, per la quale potrebbe essere tolta o diminuita la sua imputabilità. — Non è dunque necessario che l'incolpato adduca egli stesso tal causa di giustificazione — A.)

posto a diligente esame e raffronto, per modo che decidono della imputabilità per via di argomentazioni bensì, ma senza porre per base alcuna presunzione. È ben naturale che il giudice consideri l'imputato come uomo *capace di responsabilità*, se questi non adduca una qualche scusa che la tolga o la scemi, o se questa scusa si mostri da sè affatto infondata, o finalmente se le circostanze tutte del processo non abbian lasciato sorgere alcun dubbio o sospetto, che l'imputato non fosse in istato veramente normale. Ma non è necessario, per questo, di ricorrere a una *presunzione* legale; poichè dall'indole del fatto in sè stesso (*), dal contegno dell'imputato e dalle sue stesse dichiarazioni, il giudice si tiene autorizzato a concludere che abbia operato colla coscienza delle sue azioni [23].

Fu altresì un errore manifesto quel di considerare come vere *eccezioni*, le giustificazioni dell'imputato contenenti l'allegazione di qualche fatto a lui favorevole, e di pretendere perciò (per analogia del processo civile) che egli ne somministrasse la prova. Anche nel processo penale gli antichi giuristi introdussero la confusione che avevano portata nel civile, e la smania di dare alle obbiezioni del reo convenuto i nomi particolari di certe eccezioni; d'onde p. e., le denominazioni di *exceptio alibi, exceptio culpæ*. Recentemente, è vero, questa usanza andò cessando, ma non l'opinione che l'imputato abbia l'obbligo di provare le sue giustificazioni, come sarebbe quella d'aver agito per necessaria difesa [24]. La quale opinione però, per quanto ristretta, di dover provare le giustificazioni od eccezioni, non regge nel processo penale [25], e produsse dei veri inconvenienti, massime applicata alla dottrina della confessione qualificata. Nel processo civile il reo convenuto può ammettere intieramente la verità dei fatti addotti dall'attore, sostenendo nondimeno, e fors'anche riuscendo a dimostrare, che i rapporti di diritto, sòrti da quei fatti mede-

(*) Come non si dovrà considerare uomo capace di responsabilità, quegli che avesse falsificato con molta cura un documento? Eppure non è una *presunzione legale* del dolo; è la conseguenza del fatto in sè stesso, poichè è tale che richiede, già di per sè, l'uso di un raziocinio sano e di una malizia consumata — A.

23 Si consulti su questo argomento Hepp, *Crim. Versuche* (Saggi criminali), n.° 6 — Rossuirt, *Entwickelung* (Spiegazione, ecc.), p. 218.

24 Stübel, *Criminalverfahren* (Proced. crim.), § 2234.

25 Gnelin, *Ueber die peinl. Rechtspfl.* (Dell'amministraz. della giustizia punitiva), pag. 166-195 — Rossuirt, *op. cit.* p. 220.

simi sono cessati. Così chi fa l'eccezione di pagamento o di compensazione ammette, in sostanza, che la pretesa dell'attore era pienamente fondata, ma sostiene che il debito è estinto, donde giustamente la regola: *Reus excipiendo fit actor*.

Non così nel processo penale. L'imputato, il quale cerca di scolparsi con quelle, che si vorrebbero chiamare eccezioni, non ammette punto la verità dell'accusa nella sua pienezza, ed anzi, adducendo, p. e., la giustificazione della necessaria difesa, viene sostanzialmente a negare una parte dell'accusa, cioè il dolo; laonde non basta ch'egli ammetta soltanto i caratteri estrinseci del fatto, qual sarebbe quello d'aver egli ucciso A, perchè si possa considerare come provata l'accusa intiera. Tutte le giustificazioni colle quali l'imputato vuol dimostrare che l'imputazione o non è per nulla fondata, o non lo è nel modo con cui fu fatta, sono da considerarsi come un tutto indivisibile, avente per iscopo di impedire, in tutto od in parte, l'applicazione della pena. Anche quegli che invoca la scusa della legittima difesa, nega il dolo, e cerca di respingere quelle conclusioni che si potrebbero trarre dall'ammissione d'aver commesso il fatto; adduce circostanze colle quali cerca di persuadere al giudice decidente essere verosimile ch'egli non sia propriamente imputabile, e s'adopra così a combattere la presunzione, che per avventura vi fosse, di una vera pravità d'intenzione. E sotto tale aspetto anche questa così detta eccezione della necessaria difesa, sarebbe, in sostanza, una eccezione negatoria, come quelle del diritto civile, p. e., come l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*.

Persino nei fatti addotti dall'imputato, per dimostrare una nuova condizion di diritto, sopravvenuta dopo la compiuta esecuzione del reato, come quando il ladro asserisce d'avere spontaneamente restituita la cosa rubata (ciò che può essere importante, se la legge ne faccia dipendere la impunità del reo (*)) persino in questi casi, non avvi una vera eccezione; perocchè anche qui non v'ha che una asserzione diretta ad impedire l'applicazione della pena, e il Tribunale si accontenterà di trovarla verosimile.

(*) Così è nel Cod. pen. Austr. § 187 — A.

Aggiunta inedita.

Nel processo publico ed orale, la quistione del carico della prova acquistò recentemente una maggiore importanza, per la instituzione, che vi è inerente, del Publico Ministero, e per le presunzioni legali che si trovano nei codici penali, e che esistono in gran copia nella pratica inglese ed americana [1]. Queste presunzioni producono il grande svantaggio d'imporre all'accusato il carico grave e difficile di combatterle; e, per di più, traggono in errore i giurati e li obbligano a proferire una decisione ingiusta, pel motivo che il presidente li avverte di dover tenere per vera una cosa (che è al certo di essenziale influenza (*)) per effetto della presunzione legale, qualora l'accusato non abbia provato pienamente il contrario.

L'esperienza poi insegna, che, massimamente nei casi in cui il difensore afferma essere l'accusato affetto da qualche malattia mentale, e questa risulta bensì verosimile ma non provata, i giurati pronunziano ingiustamente una sentenza di reità [2]. Il Presidente adunque è quegli che trae in errore il Giurì.

Non è meno pericolosa, rispetto al carico delle prova, la situazione dell'accusa. Il Publico Ministero suol inclinare all'opinione, che, quando l'accusato adduce fatti determinati, pei quali venga ad essere esclusa la punibilità, sia giusto il pretendere che ne adduca le prove. È facile veder l'importanza di questa massima rispetto alla prescrizione [3], quando trattasi di conoscere in qual tempo il reato sia stato commesso; e del pari nelle accuse di oltraggio al pudore o stupro sopra una ragazza minore di quattordici anni; perocchè se l'accusato nega d'aver saputo che fosse impubere, bisogna provarglielo [4].

1 Ve n'ha una buona raccolta in Burrill, *Treatise on circumstancial evidence* (Trattato della prova circonstanziale), p. 59.

(*) Come appunto il dolo o la premeditazione — A.

2 Questo io dimostrai a proposito del caso di Burinelli occorso in Londra nel 1855. Vedi i *Blätter fur Anthropologie di* Friedrich (giornale d'Antropologia) 1856, fasc. 2.°, p. 22 e 26.

3 Decis. Pruss. nell'Arch. del Dir. Pen. Pruss. vol. I, p. 549.

4 Così decise, e giustamente, la Corte Suprema in Vienna nel caso riferito da Hebbst (Decisioni di massima, pag. 42) e che si legge nell'*Eco dei Trib. Sez.* I, n.° 240. — A proposito di quella e di altre simili decisioni, vedi la memoria di Mittermaier nella *Gerichtssaal* 1854, p. 11.

Il principio più giusto è dunque il seguente: Il Publico Ministero dee provare tutti quei fatti, che per legge costituiscono gli elementi caratteristici del reato, su cui versa l'accusa. Che se il codice stabilisce una presunzione, senza però accennare che sia una presunzione di legge (*), dev'essere considerata unicamente come una *præsumptio facti* [5].

CAPITOLO XVIII.

Della prova in aggravio.

Risulta dalle cose fin qui dette (**), intorno all'indole del processo inquisitorio, che il giudice inquirente non opera già unicamente allo scopo di comporre la prova della reità, ma allo scopo di raccogliere tutti quei materiali che servono a far conoscere il vero, ed a porre il giudice in situazione di proferire una giusta sentenza sulla verità dell'imputazione. L'indagine delle prove è dunque per l'inquirente un tutto complessivo [1], nel quale è impossibile separare la prova in aggravio da quella a discolpa. E infatti il giudice, tutte le volte che assume una prova, p. e., una

(*) Il Cod. Pen. Austr. contiene una presunzione *juris et de jure*, che cioè non ammette prova in contrario, nella disposizione (comune del resto a molti altri codici) che l'impubere non sia capace di libero consenso, e che perciò il ratto e lo stupro o l'oltraggio al pudore commessi sopra un'impubere, non richieggono per carattere distintivo d'esser commessi *contro il consenso* dell'impubere, poichè il suo consenso, foss' anche prestato per abituale depravazione di condotta, non toglie al fatto il suo carattere criminoso (§§ 96, 127 e 128, Cod. Pen. Austr.). Che però l'imputato conoscesse quello stato d'impubertà è una presunzione *di fatto*, fondata sul corso ordinario delle cose, perchè la mancanza dei segni della pubertà suole essere il carattere delle persone minori d'anni 14, e può essere avvertita da ognuno. Ma questa presunzione scompare, tosto che l'imputato asserisca di avere, per dati estrinseci, creduto che la persona fosse pubere. Laonde sorge la necessità di fare, anche su di ciò, diligenti verificazioni, le quali ponno condurre ad ammettere come cosa verosimile che l'imputato non sapesse di aver a fare con un impubere. E questa verosimiglianza basta a far cadere l'accusa, perchè la prava intenzione, elemento essenziale per la punibilità, non può dirsi più dimostrata — A.

5 Leggonsi nuove ricerche intorno al carico della prova nell'*Arch. del Dir. pen.* pruss., vol. III, p. 32 e 49.

(**) Il testo dice: *Nach der bisherigen Darstellung.* Il traduttore anonimo dell'edizione palermitana voltò quella frase in quest'altra: *Si è ripetuto fino alla nausea.* Vedi decoro! Ma egli seguì e perfezionò ciò che aveva già detto il traduttore francese colle parole: *Il a été répeté jusqu' à satiété!* — A.

1 Abegg, *Lehrbuch des. Crim. Proc.* (Trattato di Proc. Crim.), p. 148.

testimonianza, accetta e raccoglie in processo imparzialmente tutto ciò che potrebbe giovare all'imputato; e se, a modo d'esempio, il testimonio accennasse, foss'anche di sfuggita, che l'imputato va soggetto a ricorrenti alienazioni mentali, egli è in dovere di tenerne conto, e di investigare che cosa ci sia di vero.

Persino nel giudizio definitivo del processo, che si pronunzia sui materiali raccolti nell'inquisizione, non è possibile di separare rigorosamente la prova in aggravio da quella a discolpa [2], poichè anche in questo stadio i giudici decidono sul fondamento di un complesso di materiali; e siccome la convinzione della verità scaturisce dal contrasto delle opposte ragioni, essi mirano unicamente a farsi una convinzione su quello che risulta dall'esame delle ragioni che sono in lotta. Pongasi pure che l'accusato sia confesso; ma il giudizio sulla efficacia di quella confessione è anch'esso il risultamento d'un confronto tra quello che dice l'accusato e tutte le altre circostanze processuali. Suppongasi ora che, sebbene confesso del fatto, abbia però negato assolutamente il dolo, senza tuttavia addurre una vera prova a sua discolpa. Ciò nondimeno il Tribunale dovrebbe ponderare attentamente tutti quei fatti che parlano a favore dell'accusato contro l'esistenza del dolo, e giudicare in conformità.

Quando però si consideri il tenore delle prove, è facile il distinguere la prova in aggravio da quella a discolpa. La prima [3] è quella con cui si stabiliscono i fatti componenti il reato in genere che viene processato, e si determina qual legge penale torni applicabile contro l'accusato [4]. Con questa prova l'inquirente 1.° cerca di trar profitto da tutto quanto serve a dimostrare i fatti imputati, 2.° procura che ci siano tutte le condizioni prescritte dalla legge, affinchè i giudici decidenti possano considerare efficaci le prove, e 3.° s'adopra a sgombrar tutti i dubbj, che si opporrebbero alla credibilità di esse. Inoltre questa prova in aggravio dev'essere piena perchè si possa proferire una condanna, laonde è massima fondamentale potersi dir stabilita allora soltanto, che siano accertati giuridicamente tutti i fatti da cui scaturisce il diritto di applicare le pene.

2 *Proc. pen. ted.* § 180.
3 Tittmann, *Handbuch*, (Manuale) III, § 841.
4 *Proc. pen. ted.* § 151.

La prova in aggravio si propone principalmente di dimostrare:

1.° L'essenza di fatto, vale a dire: *a*) che esistono tutte le circostanze di fatto, le quali costituiscono i caratteri estrinseci del reato di cui tratta l'accusa, p. e., che il preteso ucciso sia propriamente morto; *b*) che esistono quelle circostanze di fatto, in cui risiede il carattere punibile del reato, p. e., che sia stato propinato un veleno; *c*) finalmente quelle che appartengono alla specie del reato, e per effetto delle quali dev'essere applicata una data pena, p. e., che il furto sia stato commesso mediante scalata;

2.° Che l'imputato abbia partecipato al delitto in modo punibile;

3.° Che l'accusato si trovasse in tale condizione di mente da poterglisi imputare il fatto, come prodotto da dolo o da colpa;

4.° Che avesse quella determinata prava intenzione che si richiede pel reato, quando questo sia di tal natura che appunto esige una intenzione speciale [5];

5.° Che lo scopo a cui era diretta l'intenzione, fosse precisamente quello che forma uno degli elementi costitutivi del reato di cui si tratta [6];

6.° Che il proposito dell'accusato fosse diretto a quel determinato esito che ne seguì, od almeno che un tal esito possa essergli imputato [7].

CAPITOLO XIX.

Della prova a discolpa.

Chi prendesse la parola *prova* come equivalente a *certezza*, non saprebbe, per fermo, concepire l'idea di una controprova. Nell'odierno processo Germanico poi (*), nel

5. P. e., se trattasi di applicare la pena dell'omicidio, è necessario dimostrare anche la premeditazione (e nel cod. austr. l'intenzione *diretta ad ammozzare*) — A.

6. P. e., nel furto. (La traduzione palermitana dice: *esempio nel caso di dolo*. Se era necessaria una prova per dimostrare che quella traduzione è eseguita sulla francese, questa nota la offre, e palmare. La francese infatti dice: *Exemple en cos de dol*, per un manifesto errore di stampa, invece di *vol*, giacchè il testo dice: *Z. B. bei Diebstahl*. La frase *in caso di dolo* poi non significherebbe nulla — A).

7 P. e., quando l'accusato confessa d'aver voluto soltanto ferire il suo avversario, il quale invece morì.

(*) L'Autore parla del 1854 — A.

quale non può instituirsi un rapporto d'analogia col processo civile, nè può dirsi che sianvi due parti contendenti, quel concetto non saprebbesi nemmeno conciliare col metodo d'amministrare le prove.

Il processo accusatorio degli antichi ammetteva una vera separazione tra la prova in aggravio e quella a discolpa; colla prima l'accusatore dimostrava il suo assunto, e colla seconda l'accusato sforzavasi di stornarla, cercando di dimostrare quei fatti che parlavano in suo favore. Ma nel processo accusatorio moderno un tal modo di vedere non poteva più sussistere, poichè ora avvi un giudice istruttore (inquirente) che per mezzo di esami, simili a quelli che si assumono nel processo inquisitorio, va ricercando la verità [1], anche nell'interesse dell'imputato; e i giudici poi sono in obbligo di esaminare le prove, secondo una teoria legale. Nelle procedure miste, qual'è, p. e., la francese, sembra, a prima giunta, che si possa separare la prova in aggravio da quella a discolpa, poichè la scelta dei mezzi di difesa sembra abbandonata all'accusato od al suo difensore [2]; nondimeno anche in questo sistema misto prevale il carattere inquisitorio [3]; e il diritto del presidente di citare direttamente al dibattimento anche quei testimonj che non erano nella lista [4], come pure il mandato ch'egli ha di scoprire il vero [5], dimostrano chiaramente che in quel sistema non si tratta di addurre una prova separata della colpa e dell'innocenza.

† L'instituzione di publici funzionarj, che nel processo penale danno opera imparzialmente a indagare i fatti che servono così a convincere come a giustificare l'imputato (*a*), ha reso ancor più facile la prova a discolpa; poichè il presidente, ogni volta che gli sembri necessario, pel vantaggio della difesa, di appurar qualche fatto, o di proporre qualche quesito, può aderire ed unirsi alla domanda del difensore; ed anzi ha il diritto di far emergere, so-

1 Martin, *Lehrbuch des Criminalproc.* (Trattato di proc. crim.) § 137. — *Proc. pen. ted.*, § 211. — Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Criminalproc.* (Trattato di proc. crim. ted.), pag. 289.

2 Code, art. 315.

3 *Proc. pen. ted.*, § 28.

4 Code, art. 269.

5 Code, art. 268.

(*a*) Così prescrive espressamente il § 3 del Regol. di proc. pen. austr., già riferito a pag. 48, nota 24.

pratutto nel suo riassunto ai giurati (*), quello che potrebbe essere ancor influente per la difesa. Anche il Publico Ministero, se conosce la sua missione, non deve già sforzarsi di sostenere ad ogni costo l'accusa, come se egli ne fosse l'avvocato, ma è tenuto, per riguardi di publico interesse, a non opporsi a nessuna proposta del difensore, quando appena vi sia una lontana eventualità di giovare all'accusato, riserbandosi piuttosto l'ufficio di campione e scudo della verità. †

Nel processo inquisitorio tedesco l'inquirente agisce non interrottamente in cerca del vero; e ogni volta che vien constatando una prova si occupa ugualmente e di ciò che sta in favore dell'imputato, e di ciò che gli sta contro; per modo che è l'inquirente istesso che (se vuol adempiere al suo dovere) ricerca e introduce nel processo la prova a discolpa, raccogliendo tutti quei materiali che parlano a favore dell'imputato. V'ha un caso solo in cui si può parlare propriamente di prova a discolpa: quando, cioè, si espongono alcune cose precisamente allo scopo di abbattere l'incolpazione, o si vogliono dimostrare certi fatti favorevoli all'imputato (**). Tal prova poi è provocata o dalle

(*) Questo riassunto del Presidente non è scevro da pericoli. La legge presuppone che il Presidente, o non siasi fatta una convinzione durante il dibattimento, o sappia tenerla gelosamente segreta, in guisa che non trapeli da nessuna parola, da nessun atto. La qual cosa essendo, il più delle volte, impossibile, è a temersi che i giurati ed i giudici ricevano una influenza dal detto del Presidente, e non siano perciò affatto liberi nel loro voto. Ecco i motivi pei quali nel Reg. austr. e in altri non pochi, quel riassunto venne abolito. Pur troppo però l'inconveniente non resta tolto del tutto, poichè i Presidenti hanno tutta l'opportunità di far sentire, anche *durante* il dibattimento, la loro opinione, o nel modo di esporre (*contestare*, come dicono), le prove agli accusati, o nel contegno coi testimonj e coi difensori, nell'accogliere o respingare le proposte del publico ministero o della difesa, e in molti altri modi più facili a comprendersi che a definirsi, i quali fanno sempre sul publico una cattiva impressione, anche quando la preconcetta opinione del Presidente sembri la più giusta. Sotto questo rispetto le funzioni di Presidente d'un dibattimento sono oltremodo difficili; e l'esperienza dimostra che un abile giudice inquirente non è, per ciò solo, ugualmente abile a dirigere un dibattimento — A.

(**) Tra questi casi va annoverato anche quello di chi, trovandosi imputato di offesa all'onore altrui, si difende colla *exceptio veritatis*. E invero le legislazioni che ammettono la *exceptio veritatis* (tra le quali il codice penale austr. ai §§ 490 e segg.), dicono espressamente che se l'Autore di una offesa all'onore non prova la verità della sua asserzione, o se almeno non la rende verosimile, egli soggiace a pena. È dunque suo obbligo preciso di addurre tal prova, e non può bastare la sua asserzione che il fatto sia vero, per addossare al giudice l'indagine *ex officio* di codesta sua giustificazione. Così decise espressamente la Corte su-

proposte dell'imputato medesimo nella sua difesa *materiale* [6], che si estende quanto l'intiero processo, oppure dalla allegazione di fatti discolpativi, p. e., che egli in un dato giorno si trovasse in luogo discosto da quello dove fu commesso il reato, oppure finalmente dagli argomenti di difesa addotti dal difensore [7].

Riguardo a questa prova, molti [8] pensano che sia da favorirsi grandemente, sostenendo persino che debbasi prestar fede anche ad un testimonio sentito senza alcuna formalità od anche sospetto egli stesso, unicamente perchè è un testimonio a discolpa. Ma un tanto favore per la difesa non è giusto [9], poichè le vie per le quali si può raggiungere la certezza in genere, son quelle altresì di cui dee valersi il giudice quando cerca quella verità che può giovare all'imputato; laonde si commetterebbe una vera offesa alla ragione, anzi una biasimevole noncuranza dei diritti della società, se, per sottrarre l'imputato alla pena meritata, si sorpassassero le regole di prudenza che guidano nella indagine del vero [10]. Soltanto può ammettersi che la prova a discolpa abbia una prevalenza in questo senso, che quando il giudice ha da decidere sulla verità dell'imputazione, non possa proferire sentenza di reità quando sussiste ancor qualche dubbio, foss'anche solamente per effetto d'una qualsiasi *verosimiglianza* favorevole. È certo adunque che se un testimonio, anche *solo*, appoggia la addotta giustificazione della necessaria difesa; o se più testimonj, anche non irrefragabili, appoggiano

prema di giustizia in Vienna nel suo giudicato 28 dic. 1854, n.° 15751, riportato nell' *Eco dei trib.* sez. I 11 marzo 1855, n.° 479. Gli stessi principj valgono ad imporre a chi è imputato di calunnia l'obbligo di provare la verità dei fatti da lui apposti ad un altro; nè costui può essere tenuto a provare che sono falsi. La falsità poi, essendo un fatto negativo, o meglio la negazione di un fatto, non può essere dimostrata con prove dirette, ma soltanto dedotta per argomentazioni, specialmente in quei casi in cui il fatto asserito fosse di natura sua transeunte, p. e., una proposta criminosa fatta a voce e senza testimonj — A.

(6) *Guida all'arte della difesa* (dell'Autore) § 5.) Ivi è spiegato che per difesa *materiale* s'intende quella che l'imputato stesso fa contro le imputazioni che gli vengono esposte durante il suo esame; e che dicesi poi difesa *formale* quella che viene esposta dal difensore giureconsulto deputato dal Tribunale. (Vedi la già citata trad. ital., pag. 28. — A).

7 Opera suddetta, § 65.

8 Cramer, opusc. Tom. IV, pag. 191. — Otto, *De favore defens.* Grss. 1718.

9 *Guida all'arte*, ecc., § 18.

10 Cod. pen. bav. II art. 556. (Vedi più sopra la nota * a p. 62 — A).

l'*exceptio alibi*, bastano ad impedire una sentenza di condanna; poichè, rendendosi dubbio il caso, dev'essere deciso in favore dell'accusato [11].

Delle tante distinzioni che si fanno della prova a discolpa [12], è da preferirsi quella di prova *diretta* e prova *indiretta*. La prima tende a dimostrare direttamente i fatti con cui si vogliono abbattere quelli asseriti dall'accusa; come sarebbe se si dimostrasse, per mezzo di testimonj, che durante una rissa l'accusato se ne stava tranquillo, mentre altri testimonj depongono che vi prese parte attiva. La prova indiretta, all'invece, tende a dimostrare quei fatti pei quali vengono a cessare le conseguenze che scaturiscono per legge dalla prova in aggravio, e perciò resta impedita l'irrogazione d'una pena qualunque, od almeno di quella più grave che era stata minacciata.

I. La prova diretta della discolpa ha poi differenti scopi; vale a dire può tendere o a dimostrare il contrario dei *fatti* asseriti dall'accusa [13]; oppure ad abbattere *i mezzi di prova* [14].

Or questo può farsi *a*) dimostrando la impossibilità, od almeno la grande inverosimiglianza dei fatti imputati [15]; oppure *b*) impugnando la credibilità delle prove di essi, sia per difetto delle essenziali qualità [16], sia per difetto delle esterne formalità [17]; o finalmente *c*) producendo altre prove, che dimostrino il contrario di ciò che risultava dalle prove dell'accusa [18].

Tra le prove dell'impossibilità, va collocata altresì quella che dicesi *exceptio alibi*, cioè la *negativa loci*, [19], la quale non dev'essere già riguardata come una vera risposta, ma soltanto come una negativa dell'imputazione. Per

11 *Guida all'arte*, ecc. § 65.

12 Feuerbach, *Lehrbuch* (Trattato), § 570. — Stübel, *Criminalverf.* (Proc. crim.), § 1094.

13 Come quando due testimonj riferiscono una certa espressione dell'accusato, e due altri, che gli erano vicini, depongono il contrario.

14 Se, p. e., si dimostra che i testimonj, i quali deposero contro l'accusato, erano stati corrotti.

15 Come quando un accusato di stupro dimostra che gli è impotente.

16 P. e., dimostrando che i testimonj erano corrotti.

17 Che, p. e., il giuramento dei testimonj fu assunto senza le forme prescritte, oppure da un impiegato non autorizzato a riceverlo.

18 Quando, p. e., i testimonj della difesa depongono precisamente il contrario di ciò che deponevano quelli d'accusa.

19 Hurlebusch, *Erörterungen aus dem civil und Criminalrecht.* (Studi di diritto civile e criminale), fasc. I. n.° 14.

essa l'imputato si propone di dimostrare che trovandosi, al tempo del fatto, in un determinato luogo, non può essere stato, nel tempo istesso, nel luogo dove fu commesso il delitto [20].

II. La prova a discolpa, indiretta, può riferirsi: 1.° a quei fatti con cui si vogliono stornare le conseguenze che scaturiscono contro l'accusato dai fatti addotti nell'accusa; allo scopo di convincere il giudice che il fatto è diverso, ossia più favorevole per l'imputato [21], di quel che apparisca dall'accusa e dalle circostanze concomitanti [22]; — oppure 2.° può riferirsi a quei fatti con cui si rende verosimile una limitazione che fu fatta ad una confessione [23]; — oppure 3.° a quei fatti da cui devono sorgere delle ragioni giuridiche, per le quali è tolta la punibilità del reato [24]; — o finalmente 4.° alle circostanze mitiganti [25].

Si è già dimostrato nel cap. XVIII, che suolsi a torto considerare questa prova indiretta come una *eccezione*, nel significato del processo civile.

Aggiunta inedita.

La prova a discolpa (*exculpatory evidence*) è riconosciuta di somma importanza, massime in quei paesi dove avvi il Giurì [1]; poichè il difensore ha il dovere di ben chiarire a quale scopo, e sopra quali oggetti, egli intende dirigere

20 Riguardo alle cautele da usarsi nell'esaminare codesta *exceptio olibi*, vedasi la *Proc. pen. ted.*, § 180.

21 Se, p. e., l'imputato dimostra tali fatti pei quali viene a risultare che agì senza prava intenzione.

22 Cosa specialmente importante qualora la legge stabilisca una *præsumptio doli*, come fa il cod. bav., art. 43.

23 Quando, p. e., l'accusato adduce l'eccezione della necessaria difesa.

24 P. e., se afferma di aver agito per comando di un superiore. (*)

(*) Tale è anche la prova d'aver pienamente risarcito il derubato, prima della denunzia; poichè con questa prova il reo fa cessare le conseguenze legali dell'altra prova, pur certa, del furto commesso, cioè si sottrae alla pena. In questo caso la formola della decisione, nel sistema austriaco, non è già una sentenza di assoluzione ed innocenza, ma un conchiuso di *cessazione;* perchè infatti la reità era provata, e sarebbe assurdo dichiarare innocente uno che si confessa reo; soltanto non può applicarsi la pena. Così il § 289 del Reg. austr. di proc. pen. Vedi Hye, *Princ. fondam.*, p. 525, ediz. ital. — A.

25 P. e., d'essere stato sedotto da un altro.

1 Burrill nel suo *Treatise on the nature of the circumstancial evidence* (Trattato sulla natura della prova indiziaria), p. 508-82, ne dà la più completa esposizione.

la sua difesa; e parimenti i giurati, nell'esaminare le prove, han da indagare se colla prova addotta dalla difesa, quella d'accusa sia rimasta dissipata, o per lo meno così affievolita, da non potersi proferire una sentenza di reità. Secondo il parere dei pratici inglesi la prova a discolpa ha per oggetto o fatti che il difensore intende di dimostrare [2], o circostanze che non hanno alcun bisogno di prova perchè accennano soltanto ad una possibilità o verosimiglianza astratta, la quale giova per altro a indebolire la prova in aggravio. Ciò si verifica precisamente quando si vuol dimostrare che le conseguenze dedotte dai fatti costituenti la prova in aggravio, non sono decisive, perchè quei fatti si possono spiegare in un senso diverso, anzi opposto, a quello dell'accusa [3]. — In Inghilterra e in America oggetto precipuo della prova a discolpa, suol essere quello della buona fama dell'accusato [4], per dedurne che il reato non gli può essere apposto [5].

CAPITOLO XX.

Rapporto vicendevole tra la prova in aggravio e quella a discolpa.

Qualunque prova, sia in aggravio od a difesa, costituisce nel processo penale un tutto unito, che non ha altra mira fuor quella di porre il giudice in situazione di proferire una giusta sentenza. La sentenza infatti è il prodotto del coscienzioso esame di tutti gli argomenti dimostrati nel processo, favorevoli o contrarj: e quando il dubbio è rimosso; quando le ragioni che rendono verosimile il contrario, sono dissipate; allora soltanto l'animo del giudice si trova in quello stato di certezza che basta per autorizzarlo a proferire una sentenza di condanna. E però nemmeno in questa operazione può dirsi che si faccia una rigorosa separazione delle prove d'accusa da quelle di discolpa, come nel processo civile si fa quella tra le prove dell'attore

2 Nella pratica inglese questa dicesi *informative circumstance* — Burrill, p. 509.

3 Diconsi *supposable facts*, Burrill., p. 556.

4 Bentham, *Judicial evidence*. Prove giudiz. III, p. 202 — Best, *Treatise* (Trattato, ecc.), p. 523 — Burrill, p. 525.

5 Anche in Francia è detto nell'art. 321 del *code d'instr. crim.*, che il difensore faccia citare i testimonj, per dimostrare la buona fama dell'accusato.

e quelle del convenuto. Che anzi nell'atto che il giudice sta ponderando le prove in aggravio, p. e., le testimonianze sfavorevoli all'accusato, sorgono nell'animo suo anche tutti quei dubbj, che erano stati suscitati dalle giustificazioni di esso, non meno che dalle indagini fatte *ex officio* dal giudice, secondo l'indole inquisitoria del processo. Laonde sebbene l'imputato non abbia, p. e., mossa veruna eccezione contro un testimonio, il giudice decidente esamina ciònonpertanto tutte le circostanze che ne rendono dubbia la credibilità. Perocchè sta la regola (cap. XVII) che devon essere giuridicamente provati tutti quei fatti, pei quali divien giusta la condanna a quella pena che la legge minaccia pel caso concreto. Per ciò poi la prima indagine è da farsi sulla prova in aggravio, essendo affatto inutile quella della prova a discolpa, qualora la prima non sia già per sè stessa giuridicamente e pienamente dimostrata, p. e., se un testimonio *solo* depone contro l'imputato. Siccome però nel processo penale germanico, anche in caso di prova incompleta posson essere inflitte all'imputato certe conseguenze pregiudizievoli (per esempio, una *absolutio ab istantia* (*), od un giuramento purgatorio e simili) l'esame della prova a discolpa viene a riescire importante anche nei casi di tal prova incompleta,poichè può darsi che questa ne venga sì fattamente contraddetta o indebolita [1], da non potersi ammettere nessuna delle conseguenze che in caso diverso scaturirebbero legittimamente dalla prova incompleta [2].

L'indagine del giudice è diretta a stabilire, primamente, se il reato sia stato davvero commesso; e, in secondo luogo, se lo abbia propriamente commesso l'accusato.

I. Suppongasi che sia stata addotta una prova piena dal lato dell'accusa [3] (piena, fin che non si guarda a quella della difesa), ma che venga data una prova diretta contraria, foss'anche di semplice verosimiglianza: la condanna è, già per questo, impossibile, poichè non avvi più quella certezza della reità che esclude gli argomenti di una possibi-

(*) Quali conseguenze dannose tragga con sè la sentenza dubitativa in Austria, si dirà nel cap. LXIV — A.

1 Se, p. e., si dimostra che il testimonio *unico* è altresì nemico dell'imputato, ed è contraddetto da un altro testimonio il quale è irrefragabile.

2 Che pertanto in luogo di una sentenza dubitativa si proferisca una sentenza d'innocenza.

3 P. e., la deposizione di due testimonj irrefragabili di aver veduto in qual modo A uccise B.

lità contraria; sia che un testimonio, anche solo, deponga circostanze che vietano di attribuire piena credenza ai fatti imputati [4]; sia che già la stessa prova d'accusa non dimostrasse con tutta evidenza che l'accusato ha commesso il fatto [5].

II. Che se poi alla prova completa d'accusa si oppongono direttamente altre prove, è impossibile concepire una idea di certezza, sorgendo da tal collisione uno stato di dubbio [6].

Se la prova a discolpa è diretta contro un dato mezzo di prova, p. e., contro la deposizione di un testimonio unico, resta a vedersi se, cadendo questa, rimanga però tuttavia tanto che basti; come allorquando resta ancora la deposizione di un altro testimonio degno di fede, e si collega con una catena d'indizj. Del rimanente per impedire di prestar fede a un dato mezzo di prova, basta che sia appena verosimile il motivo pel quale quella fede vien meno, p. e., il dubbio che il testimonio sia stato corrotto (*).

III. Quando però la prova in aggravio è completa, e quella a discolpa concerne soltanto dei fatti che non si possono bensì disgiungere da quelli costituenti l'accusa, ma dai quali risulta soltanto che non possiamo capacitarci come l'accusato abbia commesso il reato, la prova in aggravio non ne resta punto infirmata; poichè anche senza di ciò è sempre cosa ardua il decidere se un reato possa imputarsi a taluno. La così detta buona condotta precedente è pur troppo talvolta l'effetto d'una finzione, o della mancanza d'occasioni; ma nell'ora della tentazione, quegli che aveva saputo fare l'ipocrita, o non aveva ancora sentito l'impulso d'una passione, può avere ceduto [7].

4 P. e., se l'accusato confessa di aver ucciso A nel 21 gennajo, mentre un testimonio solo depone di averlo veduto in buona salute ai 26.

5 Come quando un testimonio conferma la *exceptio alibi*.

6 Di cotali collisioni tra opposte testimonianze od indizj si parlerà in seguito.

(*) Infatti il § 260 Reg. austr. permette di non dar fede a un testimonio tostochè l'imparzialità di lui *si renda dubbiosa per dati contrarj*, senza spiegar quali, e ne lascia perciò la valutazione al giudice — A.

7 Feuerbach, *Darstell. merkw. Rechtsfälle*, (Cause celebri), II, p. 111 (Nel processo di stupro sopra accennato nella nota * a pag. 103, l'Autorità politica e il parroco del paese a cui l'accusato apparteneva, davano di lui le migliori informazioni, dichiarandolo modello di condotta e di moralità, incapace, per conseguenza, di un tanto turpe misfatto. Molti e molti argomenti inducevano la persuasione che l'accusato fosse veramente colpevole, sì che a lui tornavano applicabili queste parole del nostro Autore — A.

Dato che si abbia la prova completa sì dei fatti esposti in aggravio, come della reità dell'accusato, è ancor necessario, per poter applicare la pena, che siano chiariti i fatti in tutte le loro circostanze accessorie, onde dedurne le conseguenze previste dalla legge. In cotali indagini, o si tratta della quistione intenzionale (su cui però, come elemento morale, non ponno farsi che induzioni [8]), — oppure si deve decidere se taluni schiarimenti dati dall'imputato per dimostrare che il suo fatto non è punibile, siano accettabili e giustificati [9], — oppure finalmente se i fatti da cui l'imputato vorrebbe trarre una attenuazione della sua reità siano veri. Sarà bene ripetere qui l'osservazione già fatta più sopra (cap. XVII), che in tutti questi casi non si tratta già di vere eccezioni, e che per conseguenza non può valer qui la regola del processo civile, che il convenuto debba provare pienamente le eccezioni da lui addotte, affinchè si possa avervi riguardo. Che anzi è da aversi per massima che basta anche la sola verosimiglianza per assicurare all'accusato un esito favorevole [10]. Quando trattisi della prova del dolo questa massima è di facile applicazione, perchè se esiste appena una verosimiglianza che l' imputato agì per mera imprudenza, è impossibile che il giudice abbia una certezza del dolo. Quando poi la quistione è di conoscere se l'accusato abbia agito propriamente per necessaria difesa, anche allora il giudice sa che dee chiarire tutte le circostanze del fatto, e che benespesso ciò che rende probabili le asserzioni dell' accusato son certe circostanze accessorie, le quali suscitando il dubbio nell'animo del giudice, rendono impossibile una sentenza di condanna. E persino rispetto alle circostanze mitiganti, sol che rendansi verosimili, hanno una favorevole efficacia sulla commisurazione della pena, poichè il giudice è tenuto di proferire costantemente ciò che torna a beneficio dell'accusato.

8 P. e., per decidere se l'accusato abbia agito con dolo. (Può dirsi che vi sia una mera *argomentazione* del dolo, anche quando l'accusato è confesso? — A.)

9 P. e., se sia vero che agì per comando di un superiore.

10 Cod. Bav. art. 342, 343 — Hitzig, *Annalen des ausl.*, ecc. (Annali di legislaz. crim. straniera), fasc. XII, p. 306 — Hornhorst, *Jahrbücher des Oberehofger. in Baden* (Annali del Tribunale superiore in Baden), volume VI, pag. 105.

Aggiunta inedita.

La regola fondamentale per decidere in qual rapporto si trovino la prova in aggravio e quella a discolpa, è la seguente: Qualunque volta siavi un dubbio ragionevole (*reasonable doubt,* dicono gli inglesi [1]), non è più lecito al giudice (o al Giurì) di proferire una sentenza di reità, poichè questa non può dirsi che vi sia, se non v'è la certezza; e certezza e dubbio son termini che si escludono tra di loro. Ecco perchè il difensore inglese tanto s'adopera per dimostrare dubbia la reità; e del pari il presidente pone i dubbj in rilievo, ammonendo anzi i giurati che è loro obbligo di assolvere quando sentono che sussiste ancor qualche dubbio. La qual cosa, per verità, è ammessa e proclamata altresì dalle legislazioni tedesche che riconoscono una teoria legale di prove [2]; poichè dichiarano che il giudice non è mai in obbligo di proferire una condanna, tostochè la reità gli sembri, per qualunque motivo, dubbiosa.

1 Ne tratta lodevolmente Burrill, p. 200.
2 P. e., il Reg. Austr. di Proc. Pen., § 260.

PARTE SECONDA.

DELLA PROVA MEDIANTE ISPEZIONE OCULARE DEL GIUDICE

CAPITOLO XXI.

Concetto dell'ispezione oculare e motivi della sua forza provante.

L' ispezione oculare del giudice è quella operazione giudiziale con cui egli cerca di persuadersi coi proprj sensi [1] della presenza di certe tracce, che influiscono sul giudizio della causa, e ne fa constare *ex officio* negli atti il risultamento [2].

Quest' ispezione presuppone che si tratti di tracce controverse, le quali possan venir rilevate senz'uopo di qual-

1 Può darsi che l'inquirente si porti sul luogo per convincersi se quivi si potessero udire ed intendere le espressioni dette altrove; quando, p. e., un testimonio dichiara d'aver certamente sentito, e l'accusato ne nega la possibilità. Qui non è esattamente detto «ispezione *oculare*» (*).

(*) Nel testo si legge: *Hier passt der Begriff:* Augen-*schein nicht.* E si vede che l'Autore volle far risaltare il contrasto tra ispezione *oculare* e ispezione assunta per verificare circostanze che cadono sotto altri sensi. Ciò non sembra aver compreso il traduttore francese dicendo: *mais il ne faut pas confondre cette descente sur lieux toute speciale, avec la constatation judiciaire proprement dite,* (parole tradotte poi letteralmente dal traduttore palermitano) poichè anzi le norme son precisamente le stesse per l'ispezione *oculare* e per le altre — A.

2 La letteratura è povera in tal riguardo. La maggior parte delle indagini scientifiche s'aggirano sulla ispezione oculare nel processo civile; p. e., Stryck, *De jure sensuum diss.*, 1, 2. Klert, *De oculari inspect. Giss.* 1683. Meier, *De probat. per inspect. Erlang* 1776, o sulla ispezione dei cadaveri. Di ciò parlerassi più tardi. Chi ne trattò più ampiamente in riguardo al processo penale è Kleinschrod, nel (vecchio) archivio del Diritto criminale, vol. V, fascicolo 3, vol. IV, fascicolo 1, n.° 1, e Kitka. *Von der Erhebung des Thatbestandes* (Della constatazione del fatto), *p.* 203.

siasi cognizione tecnica speciale, giacchè se fossero necessarj, a ben rilevare la cosa, occhi esperimentati nell' arte, dovrebbero intervenire i periti.

Il carattere giuridico poi dell' ispezione giudiziale è diverso, secondo che la legge attribuisce al giudice il diritto di convincersi da sè solo coi proprj sensi dell' esistenza di certe tracce più influenti, oppure se esige, a maggior cautela della sua imparzialità, che il giudice sia assistito da altri, ossia da testimonj che osservano la cosa; cosicchè il giudice non faccia che convalidare le loro osservazioni, e registrare il risultato complessivo.

Tale era la disposizione del codice penale austriaco [3], secondo cui ogni ispezione giudiziale diventa una prova legale sol quando siano intervenute due persone degne di fede, che dicano il loro parere [4].

Nel processo comune tedesco, invece non è necessario l'intervento dei testimonj, ritenendosi legalmente vero ciò che il giudice vede in tale sua qualità. Questa condizione è indispensabile, poichè se il giudice assiste ad un fatto come uomo privato, p. e., andando a passeggio, la sua non è una ispezione che valga qual prova giuridica, ma egli figura soltanto come testimonio. Considerando accuratamente l'indole dell' ispezione giudiziale, per quel che riflette i giudici decidenti, è uopo distinguere: se essi hanno propriamente sott' occhio l'oggetto, dalla ispezione del quale deggiono derivarsi i caratteri decisivi del fatto, come sarebbe l'istrumento o gli abiti lacerati, o il cranio ferito [5]; o se invece l' inquirente ha soltanto annotato nel protocollo d'ispezione oculare alcuni suoi rilievi. Nel primo caso se si domanda la ragione per la quale i giudici credono all'ispezione oculare, è manifesto essere questa: che essi si persuadono coi proprj

3 Codice del 1803. (Parte II, § 237, 238 e 240, a cui corrispondono i §§ 77 e 78 del Reg. attuale).

4 Pratobevera *Materialien zum Gesetzg.* (materiali per la legislazione, ecc.). Vol. VIII, p. 222. Jenull, *Das österr. Criminalr.* (Il Dir. crim. austr.), p. III, pag. 102.

5 Tali oggetti vengono uniti spesse volte agli atti del processo. (Il § 102 del Reg. austr. dispone che « tutti gli strumenti ed altri oggetti trovati nel riconoscimento del fatto, coi quali o sui quali fu commesso il reato, e che ne provengono o furono lasciati sul luogo del fatto, come anche gli oggetti che dovranno riconoscersi dall'imputato o dai testimonj, o potrebbero servire di prova, saranno riportati in un elenco, esattamente descritti e presi in giudiziale deposito, ovvero, se ciò non fosse fattibile, si porranno possibilmente almeno sotto custodia giudiziale o sequestro »... seguono le norme di pratica effettuazione di questa regola).

sensi della esistenza di certi fatti o fenomeni. Nel secondo caso non si può parlare d'una evidenza raggiunta immediatamente coi sensi, poichè i giudici non vedono essi medesimi l'oggetto in discussione. Laonde essi prestano fede al protocollo, come a publico documento; ma la sua forza di prova si limita a dimostrare, che quanto fu dettato dal giudice fu scritto fedelmente. Se questi poi abbia osservato tutto con esattezza, completamente e in modo non dubbio; se con egual fedeltà abbia altresì fatto inserire nel protocollo quanto osservò; son cose di cui i giudici decidenti non hanno alcuna immediata percezione, essendo per loro l'inquirente non più che un testimonio, il quale si riferisce alle osservazioni sue proprie. E allora gli è per mezzo d'una serie di supposizioni, che i giudici arrivano ad attingere la necessaria convinzione. E qui importa assai di vedere qual concetto dobbiamo farci dell' attuario (protocollista) che ha scritto il protocollo,

Se noi ce lo immaginiamo così libero e indipendente da essere autorizzato a non scrivere che quanto accadde realmente, e quanto abbia esso pure personalmente osservato, e non già qual semplice strumento dell'inquirente, assunto per scrivere ciò che questi gli detta; se ci immaginiamo persino che possa opporsi, qualora il dettato dell'inquirente non gli sembri fedele, ed esatto: allora il protocollo d'ispezione ottiene un'assai maggiore importanza [6], assumendo anche l'attuario la qualità di testimonio, che convalida la verità di quanto è inserto nel protocollo. Anzi può dirsi che allora i testimoni che fan l'ispezione sono due, cioè l'inquirente e l'attuario. Ma se l'attuario, come pur troppo succede nel più delle giudicature, è una macchina scrivente, che mette in carta ciò che viene dettato; s'egli è un individuo, che, scelto dall'inquirente, può, da un momento all' altro, venir licenziato, non potrà allora valere anche come testimonio; non avendo osservato in persona, e non possedendo il coraggio di contraddire all'inquirente (*).

6 La posizione dell' attuario è dunque più importante di quel che suolsi pensare. *Proc. pen. ted.*, § 35.

(*) Queste osservazioni son piene di verità. Nel sistema austriaco il protocollista è un impiegato d'ordine o di concetto, secondo i casi, non già scelto dall'inquirente come suo scrittore diurnista, ma nominato dalle autorità superiori come ogni altro impiegato del Giudizio. Le operazioni processuali vengono assunte dal giudice inquirente, il quale detta i protocolli al protocollista. La legge non prevede espressamente il caso che

La ragione per la quale crediamo all'inquirente, come a persona che ha eseguita l'ispezione oculare, non consiste già nel potere che è inerente alla sua qualità di publico funzionario, ma bensì in ciò, che l'impiegato possiede certe qualità, le quali (applicando i principj delle prove testimoniali) danno una special malleveria della sua credibilità. Un testimonio, in fatti, apparisce tanto più credibile, quanto più è nota la sua assoluta imparzialità; quanto più egli è accurato osservatore di ciò che deve attestare, e ne pondera quindi completamente anche quei dati, che facilmente sfuggirebbero ad ogn'altro testimonio, il quale per caso fosse presente. E in ragione della maggior importanza ch'egli ha sopra gli altri testimonj, raddoppia ogni sua cura, onde non essere ingannato, e non ingannare.

L'inquirente adunque, che intraprende d'ufficio l'ispezione oculare, si trova nella posizione di un testimonio coscienzioso ed imparziale, che osserva con calma, e colla massima cautela, per timore di illudersi, conoscendo tutto il valore e le conseguenze della sua testimonianza. Un'altra considerazione poi aumenta il peso che vuolsi attribuire all'ispezione giudiziale, presa come testimonianza; che cioè il giudice non comunica già quel che ha veduto sol dopo settimane, mesi, od anni, come succede ordinariamente dei testimoni; ma registra immediatamente il risultato dell'esame da lui fatto; laonde resta rimosso il dubbio, che a fronte della migliore volontà di dire esattamente il vero, comunichi solo le imperfette reminiscenze

un inquirente detti cosa non conforme al vero; ma ove si voglia far tale ipotesi, noi pensiamo che siccome l'operato del giudice (quando fosse doloso) avrebbe i caratteri del crimine di abuso del potere d'ufficio, secondo il § 102 del Cod. Pen., così il protocollista se ne renderebbe correo prestandosi scientemente. E siccome il protocollista non è in tal rapporto d'inferiorità coll'inquirente da dover ciecamente obbedire (perchè insieme coll'obbligo di eseguir gli ordini superiori ha quello di non commettere nè coadjuvare una azione proibita) ne viene che può rifiutarsi di scrivere ciò che gli fosse dettato. Se dunque l'inquirente dettasse, p. e., che sul cadavere di un uomo non vi son traccie di violenza, mentre ve ne sono, il protocollista rifiuterà l'opera sua. La conseguenza è che quando egli scrive ciò che gli è dettato assume la qualità di testimonio, riguardo a quelle cose però che ha realmente vedute. Può darsi tuttavia, e si dà sovente, che il protocollista scriva senza aver veduto; poichè la legge dà *al giudice*, e non a lui, l'incarico di assumere l'ispezione, ed egli interviene per redigere il protocollo. In questi casi (che talora sono inevitabili) il protocollista non può esser tenuto responsabile di ciò che gli venne dettato — A.

di quanto ha veramente veduto, e abbellendole colla sua fantasia, narri il vero frammisto coll'immaginario.

Ecco adunque come sia vera la massima, che il motivo pel quale i giudici decidenti credono all'ispezione oculare del giudice, non è già la percezione de' sensi loro proprj, ma una serie di supposizioni, per le quali si ha fede che l'inquirente abbia giustamente osservato ed abbia saputo e voluto registrare il vero, secondo le reali sue osservazioni; e per di più si tien calcolo nel tempo stesso della coscenziosità dell'attuario; che, cioè, non abbia scritto se non quanto fu realmente osservato.

Poco troviamo nelle fonti del diritto comune intorno alle ispezioni oculari [7]; nè ciò dee recar meraviglia, se si considera, che il processo penale dei romani era fondato sul principio d'accusa, nè vi appariva l'opera ufficiosa dell'inquirente, per stabilire la verità materiale; e così pure, avendo di mira esclusivamente la persona dei contendenti, non curavasi di stabilire il fatto in genere come oggetto delle indagini del giudice. Ma tostochè acquistò valore il principio inquisitorio, secondo il quale il giudice procede per gradi, e non dirige l'inquisizione direttamente contro l'incolpato, se non quando siavi per base la verosimiglianza che fu consumato un delitto [8], anche l'ispezione oculare del giudice dovette divenire importante, in proporzione che si perfezionò la dottrina della essenza di fatto [9]. Ciò avvenne specialmente per i casi d'omicidio, in cui si trattava [10] di convincersi se vi fosse il cadavere dell'ucciso, e se si trovasse in tale stato da far argomentare che fosse intervenuto un fatto criminoso. † E così pure l'ispezione appariva importante per decidere sull'in-

7 Ne fa cenno qualche legge, p. e., la leg. 1, pr. Dig. *de inspiciendo ventre* (XXV. 4) Ivi parlasi di un marito divorziato dalla moglie, il quale asserendo che la moglie era incinta (ciò ch'ella negava) domandò che fosse deputato un curatore al ventre. Gli Imperatori fratelli, consultati risposero sembrar cosa conveniente di far ritirare la moglie presso una donna onesta *et ibi tres obstetrices probatæ et artis et fidei, quæ a te* (dal Pretore) *assumptæ fuerint, eam inspiciant,* ecc. Qui parlasi propriamente di una ispezione giudiziale, ma con periti. Un altro argomento ne offre la leg. 6 Cod. *de re militari* (XII, 56) dove è detto che non si devono congedare tanto facilmente i soldati che asseriscono d'essere ammalati *nisi quos constet medicis denunciantibus, et judice competente diligenter examinante, vitium contraxisse* (Questo congedo dicevasi *Missio causaria*).

8 *Proc. pen. ted.* I, 288.

9 Biener, *Beitr. zur Gesch. des Inquisitions proc.*, (contribuzioni alla storia del processo inquisitorio) pag. 94.

10 Gandinus, *De maleficiis, tit. de homicidiariis* n.° 24.

dole, letalità e pericolosità delle lesioni †. Similmente nel diritto canonico [11] si fa menzione dei casi in cui è necessaria l'ispezione oculare del giudice, e ne troviam traccia anche nelle leggi germaniche del medio evo [12], per quel che riguarda l'ispezione dei cadaveri. Anzi su tale argomento è importante nel diritto inglese l'ispezione dei cadaveri fatta dal *coroner* [13], (coronator), perchè assumeva, coll'intervento di testimonj [14], la prova per iscritto dell'esistenza del cadavere, e del modo con cui la morte ebbe luogo. Egli era quindi naturale che anche nella ordinanza di procedura penale [15], l'ispezione oculare del giudice fosse stabilita qual dovere assoluto nei casi d'omicidio. Così avvenne che applicando a ogni altro misfatto ciò che facevasi per l'omicidio, si conobbe la necessità di dimostrare il fatto in genere, e si fece generale l'opinione [16], che il giudice debba procedere all'ispezione oculare ogni volta che possa sperare di convincersi da sè stesso dell'esistenza di certi fatti, che possano avere importanza nel processo penale. Era, del resto, opinione quasi comune che si dovesse far distinzione tra i delitti *facti permanentis,* e quelli *facti transeuntis,* e che dei primi l'unico mezzo di prova fosse l'ispezione oculare [17]. Laonde non si credeva di poter condannare, per omicidio alla pena ordinaria, se prima non si fosse trovato il cadavere dell'ucciso.

Solo in tempi più recenti si dimostrò la fallacia di questo principio [18], e si formò dell'ispezione oculare un mezzo di prova che non può mai preterirsi dal giudice, qualunque volta sia possibile di assumerla, essendo un mezzo sicuro per accertare od escludere la veridicità delle deposizioni testimoniali, giusta quella legge per la quale la ragione che si adopera a rintracciare la verità assoluta, non s'acquieta se non quando fu esaurita ogni fonte di prove. Tuttavia

11 C. 18 X, *De homicidio volunt.*

12 Stirnhock, *De jure Sueonum,* pag. 548; principalmente in Alkemade, *En Schelling Beschryving van der Lande van Voorne.* Rotterdam 1729, pag. 316 in cui trovansi assai importanti notizie sul diritto criminale.

13 Bracton, *De legibus Angliæ,* lib. III, c. 5, § 7.

14 *The Jurist, or quarterly journal of jurisprudence.* (*Il Giurista,* Rivista trimestrale di giurisprudenza), fascic. I, pag. 50. Klawking, *Pleas of the crown.* (Processi della corona) II, pag. 78.

15 Art. 149, ecc.

16 Clarus, *Prax. crim.,* qu. IV.

17 Clarus, op. cit., quæst. 85, n.° II.

18 Più minute spiegazioni veggansi nella *Proc. pen. ted.,* § 59.

si cessò di attribuire all'ispezione oculare una forza maggiore che alle altre prove.

† (*) L'ispezione oculare del giudice è di sommo rilievo nella procedura accusatoria publica ed orale, e massime se vi precede una inquisizione preliminare, intesa a constatare tutto quanto s'attiene alla essenza del fatto, come nell'omicidio, nell'appiccato incendio e simili; poichè in quell'inquisizione si debbono raccogliere tutti i materiali necessarj a poter risolvere la quistione, se si debba avviare una inquisizione speciale o proferire un decreto d'accusa per un determinato delitto; materiali che sono importanti poi anche nel dibattimento finale pei giudici che devono sentenziare. Nell'istruzione preliminare adunque l'ispezione oculare del giudice è la fonte più sicura di persuasione, poichè di solito le tracce dei reati sono, in sul principio della procedura, ancor fresche e intatte, mentre che tardi o spariscono o si cambiano (*a*). D'altra parte accade sovente, che se non si ha la conoscenza di certi fatti non si può decidere se quello che ha occasionata la procedura si connetta propriamente con un reato avvenuto (*b*); e finalmente accade altresì, che anche gli indizj di cui si va in cerca, contro una data persona, siano riposti in certi fatti, la cui verificazione dipende da una ispezione oculare (*c*). In questi casi il giudice inquirente la eseguisce, e ne registra i dati in un protocollo.

Ma qui appunto sorge una difficoltà nella procedura fondata sul principio della oralità; poichè nel dibattimento questi protocolli d'ispezione, assunti nell'inquisizione preliminare, venendo soltanto letti, ne resta facilmente leso quel principio, il qual vorrebbe che i giudici o il Giurì potessero fondare il loro convincimento su quelle sole prove che vengono assunte in loro presenza, e intorno alle quali essi medesimi possono dissipare ogni dubbio. Per lo contrario sentendo leggere l'ispezione assunta dal giudice inquirente, essi sono costretti di credere a quello che egli attesta di

(*) Ciò che si legge di qui fino al fine del Cap. fu sostituito dall'Autore ad un periodo con cui terminava nell'originale. Quel periodo trattava brevemente delle leggi tedesche vigenti nel 1834. La parte inedita che ora vi è surrogata rende conto delle leggi attuali — A.

(*a*) P. e., le orme dei piedi.

(*b*) Come quando, trovatosi un cadavere, sorge il dubbio se sia stato commesso un omicidio od un suicidio.

(*c*) Se p. e., nel luogo del delitto non potesse andare che una certa persona, o se la qualità delle orme trovate accenna a quella sola.

aver rilevato, tanto più che ordinariamente si tratta di fatti che non è più possibile di constatare. Questa osservazione dimostra la necessità di assumere le ispezioni con maggior diligenza di quello che generalmente avvenga.

In Inghilterra questo incarico è demandato al *coroner*, ma soltanto nei casi in cui sonvi indizj gravi d'un commesso omicidio, e semprechè egli trovi necessaria l'ispezione (*a*). Tuttavia si crederebbe a torto di trovarvi una sufficiente descrizione del fatto; che anzi si fanno grandi lagnanze contro la superficialità colla quale vengono assunte codeste indagini (*b*). Negli altri casi, se v'hanno tracce di un reato commesso, sono i constabili e gli impiegati di Polizia, che vanno a verificarle ispezionando ciò che vi si riferisce; poi nella udienza della Polizia o del giudice di pace ne fanno rapporto, in forma di deposizione, come testimonj.

Secondo il Codice francese (*c*) chi assume l'ispezione è il giudice di pace o l'ufficiale della polizia giudiziaria, oppure il giudice inquirente; ed anzi a norma dell'importanza del caso, e allo scopo che l'ispezione riesca compiuta, la legge vuole (*d*) che ne sia data notizia al Procuratore, affinchè, volendo, possa intervenire. Ma il codice poi non dà norme più particolari sul modo di procedere nell'ispezione, e lascia libero affatto il prudente arbitrio del giudice (*e*).

I nuovi codici tedeschi (*f*) e italiani (*g*) contengono prescrizioni acconce per regolare le ispezioni; laonde la

(*a*) Vedi la mia opera: *Das englische Strafverfahren.* (La proc. pen. inglese), pag. 96, 106.

(*b*) Come fu dimostrato nella mia opera *Die Gesetzgebung*, ecc. (La legislazione e la pratica del processo penale), pag. 362.

(*c*) Code. art. 32, 62.

(*d*) art. 61. Sull'applicazione di questa regola dà buone norme Helie, *Instruct. crim.*, V. p. 455.

(*e*) La pratica si trova esposta in Duvergier, *Manuel des juges d'instruction*, I, pag. 526. — Bonnier, *Traité des Preuves*, pag. 77. — Helie, *Traité*, ecc., V pag. 446.

(*f*) Reg. di proc. pen. del granducato di Baden, § 85; di Sassonia § 173; dell'Annover § 96. Il Reg. austr. dispone al § 77 che all'ispezione giudiziale devono intervenire due testimonj, oltre il giudice e il protocollista, e, se si crede utile, anche l'imputato. Da questo § fino al § 102 si danno norme più precise pei singoli casi, tra cui avvi quello dell'ispezione e sezione dei cadaveri, che forma poi oggetto d'una separata istruzione, quanto minuta altrettanto opportuna, publicata con ordinanza del Ministero della giustizia 28 gennajo 1855.

(*g*) Codici di proced. crim. di Parma, art. 101, di Sardegna art. 110, di Modena art. 28.

diligenza e la cautela con cui si assumono, fanno sì che i giudici decidenti accolgano con fiducia i risultamenti registrati nel protocollo che vien letto al dibattimento. La qual cosa è di somma importanza, poichè di regola nel dibattimento i giudici ed i giurati non possono più aver il vantaggio di convincersi coi proprj occhi della verità e qualità di certi fatti, ma son costretti di credere a ciò che il giudice inquirente, assumendo l'ispezione, ha scritto nel suo protocollo. Non così in Inghilterra, perchè quivi non erigendosi un protocollo sulla fatta ispezione, si fan comparire come testimonj gli impiegati di polizia e i constabili, i quali depongono *con giuramento* sopra ciò che hanno rilevato, p. e., sulla giacitura del cadavere. È facile vedere come in questi casi, primo e massimo impegno dell'accusa e della difesa sia quello di appurar bene le cose mediante l'esame incrociato de' testimonj.

Non è però che anche nel dibattimento non possano i giudici ed i giurati procurarsi una immediata cognizione dei fatti e degli elementi di prova, colla loro personale osservazione; poichè suol avvenire che il publico ministero chieda la presentazione di taluni oggetti, p. e. degli abiti dell' ucciso, intrisi di sangue, affinchè i giudici ed i giurati si convincano coi loro sensi di certi dati che l'accusa considera come importanti.

La nuova giurisprudenza francese (*a*) e i nuovi codici di taluni stati tedeschi (*b*) (*) han perfino riconosciuto essere nelle attribuzioni del Presidente, per effetto del suo potere discrezionale, di ordinare che tutto il consesso giudicante, ed anche i giurati, si trasportino in un luogo determinato, p. e., nella casa dove fu commesso l'omicidio, allo scopo di farsi una chiara idea, vedendo tutte le località, del come siasi potuto commettere il misfatto, per poter poi dare il giusto valore alle conclusioni del publico ministero e della difesa †.

(*a*) Sanzionata con *arrêt* del 25 mag. 1845. LACUISINE, *De la direction des debats*, p. 371. Anche il Tribunale correzionale può assumere ispezioni. BONNIER, *Traité des preuves*, pag. 78; HELIE, *op. cit.* VII, pag 755.

(*b*) Per lo meno la pratica lo ammette.

(*) Il reg. Austr. dispone espressamente al § 242, che il Presidente del dibattimento può anche *assumere, insieme col Tribunale, un' ispezione oculare*. S'intende da sè che il Procuratore di Stato ha il diritto d'intervenirvi. Vedine un notevole esempio nel processo del Tribunale di Mantova, per titolo d'appiccato incendio, inserito nella *Gazz. dei Trib.* di Milano del 13 nov. 1856.

CAPITOLO XXII.

Casi in cui si deve procedere all'ispezione oculare.

Sebbene, di regola, l'ispezione oculare abbia luogo nei casi d'omicidio, allo scopo di constatare l'esistenza del cadavere, e lo stato in cui si trova; questo è tuttavia *uno* dei casi, ma non il *solo*. La regola [1] è anzi, che l'inquirente debba fare l'ispezione tutte le volte che possa attenderne la scoperta di fatti influenti nella indagine della verità assoluta, e per la giusta estimazione del reato. Or questo si verifica tutte le volte che si cerca l'oggetto sul quale fu consumato il delitto [2], o gli strumenti adoperati [3], od altri oggetti, dai quali si possa concludere che fu commesso [4]; o quando si vuol ottenere, mediante la cognizione di certe località, i dati che spiegano in qual modo fu eseguito; o finalmente per giudicare della verità [5] di certe asserzioni dell'accusato [6]. L'ispezione oculare è adunque non solo un importante mezzo di prova del fatto in genere, per constatare propriamente se un certo fatto sussista [7], o se porti le impronte d'un delitto [8], e di qual specie [9], o quali cause concomitanti influirono sull'esito [10]; ma l'ispezione diviene spesso una fonte di prova anche per rispondere alla quistione: chi sia l'autore del delitto. Ciò può avvenire, o quando l'inquirente stesso, duranti le funzioni del suo ufficio, vede commettere un reato [11], o quando sul luogo del fatto scopre tracce, le

1 Tittmann, *Handb.* (manuale) III, pag. 291. — Kitka, *Von Erhebung des Thatbestandes* (Della constatazione del fatto in genere), p. 208, *Proc. pen. ted.*, § 84.

2 Non solo, adunque, nell'omicidio per rinvenire il cadavere, ma ben anco nella falsificazione, per trovare p. e., i documenti falsificati, e simili.

3 P. e., gli strumenti usati per coniar false monete.

4 P. e., gli abiti insanguinati.

5 P. e., a chi poteva esser accessibile il tal luogo, o quali orme vi si osservino.

6 † P. e., se esistano sul suo corpo le lesioni, ch'egli dice di aver ricevute dal suo avversario, da cui vuol essere stato prima assalito †.

7 P. e., se la cosa abbruciò.

8 P. e., se la morte avvenne per suicidio, o per violenza altrui.

9 P. e., se il furto avvenne mediante rottura.

10. P. e., se nel luogo in cui giace il cadavere, sianvi altresì pietre acute, dalle quali il ferito, cadendo, abbia potuto essere offeso.

11 P. e., se alcuno ferisce il suo avversario durante l'udienza.

quali porgono urgenti indizj, che l'autore del reato dev'essere una determinata persona [12].

Non meno importante può poi diventar l'ispezione oculare, quando si tratta di scoprire amminicoli pei quali si possa con verosimiglianza concludere, che è stato commesso il delitto e con prava intenzione (con dolo); oppure quando si tratta di mettere alla prova la verità di certe deposizioni testimoniali [13], o la credibilità della confessione dell'incolpato [14], o viceversa quella delle sue giustificazioni [15]. Del resto l'ispezione oculare può farsi tanto sopra cose, quanto anche sopra persone; cioè o sul danneggiato [16], o sull'imputato [17], per chiarire certi fatti che ponno essere influenti nel giudizio. † Così può accadere, a modo d'esempio, che l'ispezione sia di grande importanza allo scopo di stabilire l'identità dell'accusato [18].

Talvolta poi l'immediata percezione del giudice può essere una fonte di prova anche senza la vera ispezione oculare; come allorquando il giudice esperimenta *coll'udito*, se sia vero che in un dato luogo si potessero sentire distintamente certe parole che si vorrebbero dette [19], o che si potesse commettere il misfatto senza che altri se ne accorgesse [20]. †

12. P. e., se il sospetto nasce dalla forma delle impronte de'piedi sul terreno.

13 Quando, p. e., il testimonio sostiene, d'aver veduto un certo fatto attraverso al buco della chiave.

14 P. e., se l'incolpato dichiara ch'ei fuggì nel tale o tal altro modo.

15 P. e., se l'imputato adduce, che certe ferite esistenti sul cadavere d'un bambino sono da attribuirsi alla qualità del luogo, come sarebbe se cadde sul selciato.

16 P. e., in casi di ferimento, o di stupro.

17 P. e., se il ferito depone d'aver morsicato l'aggressore in un braccio; e l'imputato vien sottoposto a ispezione, per vedere se ve ne sona le tracce.

18 P. e., il ferito dice che l'autore del delitto aveva sul suo corpo certi segni, come sarebbero le così dette *voglie*, oppure quelle screziature disegnate a bello studio, che diconsi con voce francese *tatuaggio*.

19 Se, p. e., un testimonio afferma di avere udite certe parole di minaccia o d'ingiuria proferite dall'imputato.

20 Se, p. e., l'omicidio potesse essere avvenuto in un dato modo, senza che i vicini sentissero le grida o il rantolo del morente.

CAPITOLO XXIII.

Modo di assumere l'ispezione oculare.

L'ispezione oculare, considerata quale un atto con cui il giudice si persuade di certi fatti o fenomeni, deve avere le seguenti condizioni, richieste dalla sua importanza:

1.° Allo scopo di poter fondare su di essa una sentenza criminale, è necessario che sia stata assunta dal giudice competente [1]. È pertanto sempre una biasimevole costumanza quella di certi inquirenti, che, nei così detti casi meno importanti, fanno eseguire l'ispezione oculare da qualche inserviente subalterno d'ufficio [2]; poichè la deposizione di codesto incaricato può bensì valere, come quella di un testimonio *solo*, a far sorgere una verosimiglianza; ma non può poi aver l'efficacia di una ispezione giudiziale, perchè, come già sopra dicemmo, il motivo pel quale noi prestiamo fede all'ispezione consiste nell'imparzialità dell'impiegato, il quale conosce tutta l'importanza della sua ispezione, sa quali cose debba osservare con maggior diligenza, e le cui asserzioni vengon convalidate dall'attuario giudiziale (*). Perciò si sollevano de' dubbj anche sulle ispezioni oculari assunte dagli impiegati delle autorità di polizia [3], o degli ufficj amministrativi, essendochè ben di rado verrà da tali persone [4] osservata in quest'atto quella circospezione e quella calma, che ponno esser presunte in un giudice criminale. Avvenendo simili

1 Quistorp, *Grundsätze* (Princ. fondam.) § 597. — Grolman, *Grundsätze*, § 463. — Cod. Bav. § 255. (Secondo il Reg. austr. qualunque atto d'inquisizione dev'essere assunto dal giudice competente; laonde se un giudizio riconosce la propria incompetenza anche dopo intrapresi gli atti dee rimetterli al giudice competente per la continuazione (§ 50). Gli atti pertanto non sono invalidi, ma servono pel giudizio competente (§ 51) — A).

2 P. e., per riconoscere le orme, che conducono da un luogo all'altro.

(*) Nel Reg. austr. è prescritto espressamente al § 77, e nel Disp. del Min. della giustizia 16 aprile 1855, n.° 5983, che l'ispezione dev'essere assunta dal giudice inquirente con un protocollista (che può essere un praticante legale, un impiegato di cancelleria e persino un diurnista giurato) e coll'intervento di due testimonj giudiziali — A.

3 Il codice bavarese (P. II, art. 19, n.° 3), attribuisce alla polizia il diritto di assumere ispezioni oculari in casi urgenti.

4 V'hanno casi, al certo, in cui l'oggetto dell'ispezione può ben essere constatato anche dagli impiegati amministrativi, p. e., un appiccato incendio. Cod. Bav. art. 254.

casi, sarà sempre cauto (se l'ispezione non possa rinnovarsi dal Tribunale), il chiamare nuovamente, *in qualità di testimonj*, le persone che l'eseguirono, affinchè depongano con giuramento intorno a ciò che hanno osservato.

2.° L'ispezione meriterà tanto maggior fede, se il protocollo ne sarà redatto immediatamente sul luogo istesso, imperocchè altrimenti sarebbe troppo a temersi che l'inquirente ne completasse le lacune dietro il dettato della sola memoria, spesso fallace, e per di più ajutata dalla fantasia (*).

3.° Il protocollo [5] dell'ispezione oculare, dev'essere redatto con tal chiarezza, che coloro i quali non vi intervennero in persona, e devono sentenziare sul fondamento di esso, possano farsi un'idea così completa e precisa della cosa, come se l'avessero veduta anch'essi; non è quindi da trascurare nessun mezzo di schiarimento, come sarebbero piani topografici e simili [6].

4.° L'inquirente, quando eseguisce una ispezione, dee bensì rivolgere le sue osservazioni precisamente all'oggetto che ha sott'occhio, ma si terrà presente ad un tempo che l'ispezione non potrebbe eseguirsi più tardi, o se anche si potesse, presenterebbe la cosa tanto mutata da non dare un chiaro e genuino risultamento. Dovrà dunque tener conto anche di tutte le circostanze, che potessero diventar influenti per l'inquisizione e pel giudizio; fingersi in mente [7] tutte le ipotesi, secondo le quali il fatto può essere accaduto; aver riguardo a tutto quanto, insomma, ha un'influenza legale, sotto l'uno o l'altro di questi rapporti [8], nei reati a cui appartiene quello in quistione. † E qui è da notare che importa sommamente di dirigere l'ispezione

(*) Reg. Austr., § 84. « Le cose rilevate dai periti debbono registrarsi immediatamente nel protocollo, da chi lo tiene ».

5 Kleinschrod nel vecchio Arch. del Dir. crim., vol. V, fasc. 3, p. 24. — Pfister *Criminalfälle* (casi di diritto crim.), vol. V, pag. 600.

6 Eppure è un difetto comune degli inquirenti ed attuari di voler fare essi codesti disegni, che altri non può poi nè adoperare nè capire. È assai meglio valersi di persone dell'arte. (Nei casi di rinvenimento di cadaveri, massime se di persone al momento sconosciute, sarebbe cosa di sommo vantaggio il farne un ritratto colla fotografia — A).

7 Nelle ispezioni in casi di morte di taluno, quando è dubbio se sia stato l'effetto di un suicidio, o di una violenza estranea criminosa, diventa importante ogni macchia di sangue nella stanza e persino la posizione di tutto quanto circonda il cadavere. Vedi *Proc. Pen. ted.*, § 115.

8 P. e., nell'infanticidio, e specialmente nella quistione intorno alle conseguenze del parto precipitoso. *Proc. pen. ted.*, § 116.

anche a quelle circostanze, le quali possono influire sulla prova a discolpa dell'imputato. Laonde sarebbe desiderabile che, per parità di trattamento, si facesse intervenire non solo il Publico ministero (il quale troppo facilmente si limiterà a quelle verificazioni che giovano all'accusa) ma anche l'imputato od il suo difensore, affinchè possano richiamare l'attenzione del giudice sopra altre circostanze, da cui potrebb'essere tratta qualche conseguenza favorevole alla difesa † (*).

5.° L'ispezione oculare dovrà farsi sempre il più presto possibile, quando, cioè, si possa osservare il primitivo stato della cosa, e non vi siano sopraggiunti de' cambiamenti. Qualora pertanto l'ispezione oculare si debba assumere coll'intervento di periti, è necessario conservare, mediante apposita vigilanza, inalterato lo stato delle cose, fino all'ispezione, a meno che l'inquirente non trovasse opportuno di rilevare tosto ciò che può esser esaminato senz'intervento dei periti, riserbando il resto per quando vi saranno 9. L'esperienza dimostra che un grande pericolo sta nel voler il giudice affermare, quando assume l'ispezione, l'esistenza di tante circostanze di fatto, sulle quali, per verità, sarebbe necessario il voto dei periti; facendosi lecito, per tal modo, di dare un giudizio che propriamente è tecnico. Questo accade, p. e., quando il giudice attesta nel protocollo d'aver trovate macchie di sangue in una certa parte dell'abito; mentre potrebbe realmente attestare appena d'aver vedute delle macchie, spettando ai periti il giudizio se siano macchie di sangue (*a*).

Uno degli obblighi dell'inquirente è in tal caso di constatare, coll'esame delle persone che per le prime accor-

(*) Sotto questo rapporto non si hanno a temere gli inconvenienti di cui si tenne parola nella nota * a pag. 64, trattandosi di un *intervento* dell'imputato e del difensore, e non già dell'assoluta libertà di procedere da sè a verificazioni ed ispezioni. Anche il Reg. Austr., al § 77, dice che all'ispezione può farsi intervenire *l'imputato,* quando da ciò possa ripromettersi un vantaggio al processo — A.

9 Sovente però non può separarsi l'ispezione oculare del giudice da quella dei periti, e assumendo la prima, si può nuocere alla seconda, come quando per riconoscere lo stato di un cadavere se ne cambia la positura. (La raccomandazione qui fatta dall'Autore è letteralmente conforme al § 77 del Reg. Austr. — A).

a) Anzi le più recenti ricerche hanno dimostrato, che appena colla chimica, e precipuamente colle osservazioni microscopiche, si può verificare se le macchie siano di sangue e di qual specie. Bitter, *über die Ermittelung von Blut und Samenflecken in criminal Fällen* (della rilevazione delle macchie di sangue e di seme nei processi criminali). Würzburg, 1854.

sero sul luogo, cosa v'abbiano originariamente trovato, e quali mutazioni vi abbiano fatto. [10].

6.° Se l'ispezione oculare si fa in un processo nel quale è già avviata l'inquisizione contro un imputato determinato, può farsi necessario il suo intervento allo scopo di averne degli schiarimenti, sul luogo stesso, intorno a certi fatti asseriti da lui, perchè con una descrizione generica non può ottenersi la necessaria chiarezza [11], ed allo scopo di fargli riconoscere certi oggetti [12]. L'intervento dell'imputato può essere altresì conveniente, quando, p. e., l'inquirente spera di meglio osservarlo, nell'atto che assiste all'ispezione oculare, e di determinarlo ad una confessione [13]. † S'intende però da sè che ciò può aver luogo soltanto in un sistema di procedura fondata sul principio inquisitorio, nel quale il primo dovere del giudice si è di condurre l'inquisito a confessare. Perciò quella regola sarebbe in aperta contradizione col sistema inglese †. Questo intervento poi non dev'essere troppo sollecito, poichè si potrebbe in questa guisa informarlo dei particolari del fatto, e allora sorgerebbe il pericolo di suggestioni, essendochè anche quegli che non è reo potrebbe accennare circostanze sconosciute ad un innocente; (*) laonde tal sua confessione avrebbe l'apparenza esterna di sincerità [14].

7.° Prima di sottoporre ad ispezione oculare la persona di un imputato [15] si dee guardare se sussista almeno tanto sospetto contro di lui, che si possa anche procedere al suo arresto. Giacchè in siffatte ispezioni corporali, oltrechè vien ristretta la libertà dell'individuo, si offende altresì benespesso il suo pudore, laonde esse recano con sè una sì grave publica imputazione; e però non debbonsi fare se non quando siano giustificate dalla gravità dei

10 P. e., se abbiano lavate via le macchie di sangue; o trasportato il cadavere da un luogo all'altro.

11 P. e., per farsi una idea della posizione di diverse persone intervenute in un medesimo fatto.

12 Circa la ricognizione, vedi la *Proc. pen. ted.*, § 65. (Il Reg. austr., § 77, accenna per l'appunto questi due scopi — A).

13 La voce della coscienza si fa doppiamente forte nell'incolpato sul luogo del delitto, e l'abile inquirente approfitterà di tali circostanze.

(*) S'intende, volendo confessarsi reo quand'anche non lo sia — A.

14 Tanto maggiore è la fede che merita la confessione, quanto più coincide ne'suoi particolari coi risultamenti d'altre prove, p. e., circa il numero e la qualità delle ferite.

15 P. e., nei casi di infanticidio o di stupro.

sospetti [16]. † E il meglio si è che, in questi casi, il giudice incarichi appositi periti di ispezionare la persona dell'imputato e di manifestare il loro parere sull'esito dell'ispezione †.

8.° In forza della massima, che ad ogni cittadino incumbe l'obbligo di promovere l'esercizio della giustizia criminale, siccome quella che è intesa ad assicurare la sicurezza sociale; e che inoltre l'ispezione oculare è uno dei mezzi per constatare la verità; spetta all'inquirente anche il diritto [17] d'eseguirla dovunque [18]; ma se dee farsi sulla persona del danneggiato, si userà la massima precauzione, ed ogni riguardo [19].

CAPITOLO XXIV.

Regole da seguirsi nelle ispezioni oculari in certe specie di reati.

Nei casi d'omicidio, più che in altri, si manifesta l'importanza dell'ispezione oculare, la quale ha questo di proprio, che di solito coincide coll'atto d'ispezione dei periti, come avviene per l'appunto nelle ispezioni cadaveriche. Ciò non è però sempre necessario, ed è da lamentare talora, che gl'inquirenti, confidando che i periti esamineranno le circostanze influenti, non stiman del caso di rivolgervi anch'essi le proprie osservazioni, nella loro qualità di giudici, p. e., alle ferite, alla giacitura del cadavere, alle macchie di sangue, ecc.

La regola dev'essere piuttosto, che l'inquirente esamini da sè nell'ispezione oculare *giudiziale*, propriamente detta, tutte le circostanze influenti, indipendentemente dalle successive osservazioni dei periti, e le faccia registrare; e che si persuada, mediante i propri sensi, persino di quelle circostanze medesime che i periti deggiono investigare, facendone constare nel suo protocollo siccome accertate da lui, cioè *dal giudice;* con che viene assai più convalidata an-

16 Ord. crim. Pruss. § 148 — Cod. Bav., § 80.
17 Tittmann, *Handb.* (Manuale) III, pag. 293.
18 P. e., onde vedere la località d'una casa, se si tratta di sospetto d'infanticidio in essa commesso.
19 P. e., se corse voce che una fanciulla fu violentata. Potrà in tal caso l'inquirente sottoporla senz'altro, a suo arbitrio, ad un'ispezione corporale per constatare la verità di quella voce?

che l'ispezione fatta dai periti (*). Nei casi d'omicidio [1] l'ispezione oculare del giudice dee descrivere l'esistenza del cadavere, il modo con cui è vestito, il numero e la qualità delle ferite, il luogo in cui giaceva e le sue vicinanze, gli stromenti che vi si trovarono e che potrebbero aver servito del delitto, gli oggetti appartenenti all'ucciso, o ad altre persone che lo circondavano, l'estensione delle macchie di sangue esistenti sul cadavere e vicino ad esso, i minimi dati che determinano la positura del cadavere, i tagli negli abiti, le orme impresse sul suolo, che guidano ad esso o se ne allontanano, e la loro forma e dimensione [2].

Quanto può contribuire a far decidere con sicurezza se l'omicidio sia veramente avvenuto, è necessariamente pur anco oggetto d'ispezione oculare. Quest'atto diviene in particolar modo importante, ogni volta, che si tratti di giudicare se la morte ebbe luogo per suicidio, o per un avvenimento naturale, o per un'imprudenza del morto istesso, o per effetto di estranea violenza criminosa [3]. In simili casi si devono descrivere esattamente la positura del cadavere [4], la distanza a cui fu rinvenuto lo strumento [5], i segni che vi fossero di una determinata causa di morte [6]; e si deve altresì indagare, se altri, potesse penetrare nel luogo, dove

(*) Questa regola, è in massima, adottata dal Reg. austr. al § 82 con due sole eccezioni: « Gli oggetti sui quali cade l'ispezione saranno visitati « ed esaminati dai periti *in presenza* delle persone del giudizio, tranne « il caso che queste, *per riguardi di moralità e decenza*, trovassero op- « portuno di ritirarsi, ovvero, *come nelle indagini sui veleni*, le occorrenti « verificazioni non potessero farsi che mediante continuate osservazioni « od esperimenti di lunga durata... » Codesta presenza delle persone del giudizio non potendo essere comandata oziosamente dalla legge, vien da sè che il giudice inquirente abbia da constatare egli stesso colla propria osservazione, e registrare nel suo protocollo, le circostanze di fatto su cui cade l'ispezione, non limitandosi (come talora avviene) a far scrivere dal protocollista ciò che i periti vengono dettando, anche per quel che riguarda il puro stato delle cose che cadono sotto i sensi. Tale, secondo che ci pare, è la missione del giudice negli atti d'ispezione — A.

1 *Proc. pen. ted.*, § 115.

2 Se ne unirà pertanto agli atti un esatto disegno.

3 Vedi le opere citate nella *Proc. pen. ted.*, § 115 nota 1, e inoltre Wendler, *De mortis propria manu sibi parata indagatione.*

4 Se l'ucciso fu trovato seduto, giacente, supino, ecc.

5 Cosa importante, perchè da ciò può inferirsi se il suicida abbia potuto ancora gettar lungi da sè lo strumento.

6 P. e., trattandosi di cadaveri d'appiccati, se i piedi toccavano il suolo. Leggonsi interessanti indagini nel processo per la morte del duca di Borbone (*Observations de* Hennequin *sur l'instruction relative à la mort di duc de Bourbon. Paris* 1852, *pag.* 96).

giace il cadavere, o se ciò fosse affatto impossibile. † Secondo che poi si tratta di stabilire se l'una o l'altra causa di morte intervenne nel caso concreto, anche le ricerche da farsi nell'ispezione sono diverse. Ciò importa assaissimo quando si trovano sul cadavere ferite d'arma da fuoco. Gli è precipuamente colla ispezione che si può rispondere al quesito, se la morte sia derivata da suicidio o da fatto altrui, constatando la distanza alla quale l'arma fu sparata; poichè i margini della ferita e i contorni di questa sono ben diversi quando l'arma sia stata sparata a bruciapelo (nel qual caso è da preferirsi l'ipotesi del suicidio) di quello che se fu sparata a grande distanza (*a*). Non meno importante è l'ispezione nei casi in cui il cadavere trovasi appeso (*b*), trattandosi di decidere se il defunto siasi appiccato da sè, o sia stato ucciso da altri; — ovvero se sia morto per immediato effetto dello strangolamento, cioè per la soffocazione, o se sia stato ucciso prima, in altro modo, e il suo cadavere sia stato poscia, per maliziosa avvedutezza dell'assassino, collocato in quella situazione, che facesse presumere essersi invece l'ucciso appeso da sè medesimo. Sarà ottimo consiglio che il giudice, in casi siffatti, proceda a considerare, insieme coi periti, tutte le possibili ipotesi che il caso concreto presenta, e si faccia da loro mostrare sopra quali punti debba dirigersi l'ispezione, allo scopo di assumerla in modo compiuto e confacente. †

Constatato che la morte avvenne per violenza altrui, resta ancora da considerare ogni circostanza da cui si possa inferire se la violenza fu la sola causa, o se vi concorsero anche le cause intermedie; in qual modo venne consumato il delitto e con qual mira [7], p. e., se all'ucciso furon tolte anche le cose che portava seco, o che trovavansi in sua vicinanza, essendochè dietro tali dati si può più facilmente arguire a quali persone sia da imputarsi l'omicidio.

Secondo la diversità del caso di morte anche l'ispe-

(*a*) Quali elementi influiscano in simili indagini, vedasi in Olivier, *Annales d'Hygiène* legale, 1859 ottobre, pag. 318. — Duvergier, *Med. leg.* II, pag. 146. — Giorn. trim. di Praga 1854, pag. 38. — Ordin. del Minist. austr. di giustizia sulle sez. cadav. § 43.

(*b*) V. su questo proposito la *Proc. pen. ted.*, § 121; inoltre Tardieu *Ann. d'Hyg. leg.* 1855, luglio, pag. 133. — Gazz. settim. di med. di Vienna 1856, n.° 28, 29. Giorn. cit. di Praga 1854, III, pag. 56.

7 P. e., argomentando dalla posizione in cui si trovavano l'incolpato ed il suo avversario.

zione oculare ha un diverso indirizzo. Nell' *infanticidio* è bensì di maggiore importanza l'ispezione dei periti, ma anche quella del giudice può somministrar notevoli materiali, come sarebbe nel riconoscere il luogo in cui avvenne il parto, e principalmente le tracce che questo lasciò, e nel verificare quali circostanze abbian potuto contribuire alla morte dell'infante [8]. In simili casi accade sovente, che l'ispezione oculare debba venir assunta persino durante l'inquisizione, p. e., se l'incolpata adduce a sua discolpa un certo andamento del parto, o la concorrenza di circostanze che essa pretende pregiudizievoli; chè allora è indispensabile indagare la possibilità, o la verosimiglianza di cotali asserzioni. † Cosa sommamente importante, quando l'imputata pretenda che le lesioni trovate sul cadavere del bambino, sieno la conseguenza dell'essere caduto sul suolo; poichè allora non è possibile di riconoscere il vero, se prima, con diligente ispezione del luogo, non siano messe in chiaro tutte le circostanze che possono aver cooperato a produrre le lesioni che si trovarono sul corpo del caduto bambino, p. e., pietre sporgenti †.

Quando avvi sospetto di *avvelenamento*, oltre una esatta descrizione del cadavere [9], nella quale l'ispezione tecnica costituirà la parte principale, sarà importante l'esame di tutte le sostanze, le quali o furono emesse dal defunto durante la sua ultima malattia, o si trovano ancora nei residui dei cibi e delle bevande che usò, o delle medicine che prese ultimamente †. E anche qui sarà importante di stabilire in qual posizione venne trovato il cadavere, poichè v'hanno dei veleni, p. e., la stricnina, il cui sapore amarissimo, i crampj, gli effetti particolari sul midollo spinale, i contorcimenti del corpo, e massime delle braccia e del capo (*a*), producono segni caratteristici dell'uso che se ne fece (*b*). È poi indispensabile conservare

8 P. e., se v'erano sul suolo pietre acute; o come siano formati i gradini della scala da cui cadde il bambino. † L'ordinanza austr. del 18 gennajo 1855 sulle sezioni cadaveriche, contiene eccellenti norme sul modo di contenersi del giudice nei casi di sezioni dei cadaveri di neonati, § 112 e segg. †.

9 *Proc. pen. ted.*, § 117.

(*a*) Come si dimostrò nel processo contro Palmer. Taylor, nel suo buon libro *On poisoning by Strychnin.* (Dell'avvelenamento mediante la Stricnina). Londra 1856. (Vedi anche Freschi, *med. leg.*, P. II, sezione VI, § II).

(*b*) Vedi l'ordin. austr. già citata, ai §§ 98-111, e la mia Memoria sull'avvelenamento, nell'Arch. di Goltdamer per il dir. Pen. prussiano VI, pag. 727.

gli oggetti raccolti, come anche ogni recipiente in cui si conservano ordinariamente medicine, polveri, ecc., onde poter presentare il tutto ai periti perchè ne facciano il più accurato esame.

Nei casi di *ferimento* è spesso di meno urgente necessità l'ispezione dell'offeso, essendochè, colla deposizione dei periti, lo stato della sua salute può venir accertato assai più agevolmente e senz'incomodo dell'ammalato (*). L'ispezione, al contrario [10], del luogo in cui accadde la lesione non può essere mai ommessa, potendosi appurare unicamente in tal modo quale sia stata l'influenza d'estranee circostanze, come sarebbe se il ferito fosse caduto sopra pietre acuminate, o rami sporgenti e simili (**). Talvolta è importante anche l'ispezione del corpo dell'incolpato, quando, a modo d'esempio, egli asserisce, che fu aggredito dall'avversario, e protraendo l'ispezione delle tracce della violenza subita, riescirebbe impossibile di verificarne l'esistenza.

Nei casi di *stupro* (*violento*) si procederà tosto all'ispezione del corpo, ed in ispecie delle parti genitali dell'asserentesi violata, non meno che di colui che n'è incolpato [11].

Nei processi d'*appiccato incendio* [12] l'ispezione oculare è necessaria, onde verificare se l'incendio ebbe veramente luogo, e a quanto ammonta il danno; ove abbia incominciato il fuoco, e qual direzione possa aver tenuta; quai materiali siano stati probabilmente impiegati per appiccarlo; a qual distanza da altri edificj si trovasse la cosa incendiata, ecc. [13].

(*) Secondo il Reg. austr. § 92, la visita dell'offeso è prescritta come obbligo assoluto del giudice inquirente, col concorso di due periti e di due testimonj giudiziali. Non basterebbe adunque far eseguire l'ispezione dai periti e raccogliere poi da loro la descrizione delle lesioni; eccettuato il caso che, per motivi di decenza, il giudice avesse creduto opportuno di tenersi in disparte (§ 82). Ma anche questo caso è rimesso all'arbitrio del giudice, il quale, volendo, potrebbe assistere — A.

10 Pfister, *Criminalfälle.* (Casi di diritto criminale), Parte V, p. 606.

(**) Qui si allude all'ipotesi che siffatte esteriori circostanze locali, siano per lo meno asserite e rese verosimili; giacchè altrimenti l'ispezione sul luogo riescirebbe superflua, come sarebbe nel caso che la lesione fosse stata recata con un determinato stromento, p. e., coltello o pistola — A.

11 *Proc. pen. ted.*, § 15.

12 Cod. Bav., art. 82. Ord. Crim. Pruss., § 195. — Regolamento austriaco, § 100.

13 Tittmann. *Man.* III, pag. 343. — Pfister, *op. cit.*, V, pag. 519.

Se si tratta di *furto* [14], l'ispezione del luogo ove accadde è necessaria talora per conoscere dove si trovassero gli oggetti, che si dicono derubati, e in qual modo abbian potuto essere tolti: se, p. e., mediante rottura, scalamento e simili; come il ladro abbia potuto evadersi, e quali tracce della impiegata violenza si possano rilevare.

Finalmente nei casi di *falsificazione di monete* [15], l'ispezione tende a trovare gli stromenti adoperati, e le materie di cui si servì il reo, ed a riconoscere il luogo ove la falsificazione si consumava (*).

CAPITOLO XXV.

Regole sulla forza provante e sull'efficacia dell'ispezione oculare.

Ogni circostanza di fatto, che viene attestata d'ufficio mediante ispezione oculare del giudice, regolarmente eseguita, deve aversi come giuridicamente dimostrata (**). † Ciò per altro s'intende soltanto nel senso che il pro-

14 Ord. crim. prus., § 179. — *Proc. pen. ted.*, § 15. — Regolamento austr., § 101.

15 Ord. crim. pruss., § 198. — Pfister, op. cit. II, n.° 3. — Regol. austr., § 98 e 99.

(*) A tutti questi casi, nei quali il giudice inquirente non deve ommettere l'ispezione, il Regolamento austriaco di proc. pen., aggiunse quello in cui vi sia dubbio intorno a malattie di mente o d'animo, o sulla imputabilità, e quello in cui sorga dubbio sulla genuinità di documenti. Del primo caso (§ 95) occorrerà di parlare nella Parte III.ª; quanto al secondo (§ 96), la legge lascia in arbitrio del giudice di fare una comparazione dei documenti dubbj con altri genuini, col mezzo di periti. Dice inoltre che *può anche essere fornita occasione all'imputato di scrivere parole o frasi avanti al giudizio*. A questo luogo ci sia permesso un dubbio. È egli un sistema legale quello di ingiungere all'imputato di scrivere sul protocollo alcune linee, come suol farsi nei casi a cui allude il § 96, senza avvertirlo del perchè? La frase *può esser fornita occasione*, non lascia ella comprendere che se l'imputato si rifiutasse, non si potrebbe costringerlo? E infatti, con qual diritto obbligarlo a somministrare un indizio della sua reità? Certo non ve n'ha diritto alcuno, come non v'ha diritto di obbligare alla confessione. Ci pare adunque che il modo più legale per conciliare la legge colle cautele di cui dee circondarsi l'inquirente, sia quello di dichiarare all'imputato, « che importando di conoscere il vero suo modo di scrivere, è invitato a stendere alcune linee ». Il suo rifiuto non potrebbe poi avere nessuna conseguenza dannosa, come non ne ha il rifiuto di rispondere. Viceversa, scrivendo, si avrebbe un indizio *anche quando* alterasse a bella posta il suo carattere; indizio che non si potrebbe addurre quando l'imputato fosse stato *costretto* a scrivere, o vi fosse stato indotto con sotterfugio — A.

(**) « La giudiziale ispezione oculare può risguardarsi come prova soltanto allorchè siasi assunta nella forma prescritta dalla legge ». Reg.

tocollo, contenendo la descrizione di ciò che il giudice ha osservato, e secondo l'impressione che i fatti produssero in lui, fa sorgere una presunzione; ma non prova pienamente che l'ispezione sia stata fatta con esattezza, e che non vi fossero altri fenomeni da descrivere, fuor di quelli che furono registrati. E in fatti l'ispezione oculare può essere inesatta o per volere proprio dell'inquirente, o per sua incapacità, od anche perchè, a fronte d'ogni buona intenzione di considerare con tutta esattezza le cose, egli si trovava però in uno stato di illusione. Accade infatti frequentemente nelle ispezioni giudiziali sopra certi fatti e fenomeni, che la giustezza dell'ispezione dipenda in parte dai mezzi o stromenti adoperati, e in parte dal non essersi preso equivoco con fenomeni somiglianti; la qual cosa è pur troppo possibile, anzi facile, poichè una minima circostanza accessoria può mutare la qualità del fenomeno. Solo chi è lungamente esercitato, conoscendo l'influenza di tal circostanza accessoria, sa guardarsi dall'errore che ne può provenire nella sua ispezione. Così si spiega perchè non sono attendibili certe descrizioni di fenomeni in molte ispezioni giudiziali; sia perchè si sarebbero dovuti adoperare, e con grande accorgimento, certi mezzi o strumenti (*a*), sia perchè, senza osservazioni microscopiche, l'errore dev'essere stato ancor più facile (*b*).

Così parimenti si scorge (sotto il secondo degli accennati punti di vista) quanto siano inconcludenti e precipitate quelle ispezioni che il giudice si pone in capo di poter eseguire da sè, coll'uso de' suoi sensi soltanto; mentrechè il solo perito esercitato può comprendere sicuramente lo stato della cosa, col mezzo di speciali esperienze o di cognizioni tecniche; laonde le rilevazioni del giudice, ignaro dei progressi della scienza, riescono grandemente fallaci (*c*). Ecco l'importanza che il giudice nel decidere non

austr., § 262. La legge dice *può* e non *deve*, perchè il principio della libera valutazione delle prove secondo il generale loro risultamento, vale, pel § 260, per questa prova, come per tutte le altre indistintamente — A.

(*a*) P. e., per rilevare le orme de' piedi. Vedasi *Anales d'Hygiène legale*, 1850, p. 429, 1854, p. 114 e 1855, p. 207.

(*b*) P. e., per riconoscere i capegli che fossero stati trovati. — Casper, *med. leg.*, p. 98. — Heuke, *Giorn. di med. leg.*, 1855, p. 111. Tratta delle indagini sulla qualità dei capegli anche Lasseyne, *Anales d'Hyg. leg.* 1857, luglio, p. 227.

(*c*) Questo avviene specialmente allorquando si trovano sopra un cadavere segni particolari, p. e., macchie o lividure sanguigne. — Il giu-

sia troppo corrivo ad accettare per veri i dati espressi nel protocollo d'ispezione, ma esamini da prima attentamente gli elementi sui quali l'ispezione fu fatta.

Ancor più di frequente l'esperienza dimostra che il giudice trascura nell'ispezione talune circostanze importanti, non sapendone conoscere il valore. E allora è debito del difensore di dimostrare, che, oltre le cose rilevate, altre ve n'erano non indicate nel protocollo, perchè credute indifferenti, mentre un attento conoscitore sa benissimo che quei fenomeni appunto dovevano essere importanti, essendochè se fossero stati verificati, forse non si sarebbe più potuto trarre da quelli rilevati, le conseguenze che il giudice ne avrà dedotte †.

I requisiti affinchè l'ispezione giudiziale abbia forza di prova sono i seguenti:

1.° Che le persone, dalle quali viene eseguita l'ispezione, abbiano quelle qualità che li costituiscono testimonj degni di fede.

† 2.° Che l'ispezione sia assunta nel modo prescritto †.

3.° Che il protocollo d'ufficio abbia certe qualità.

Il giudice che assume l'ispezione figura come testimonio rispetto agli altri giudici, che devono decidere la causa; epperò tutto quanto scema la fiducia che merita un testimonio, scema del pari la forza provante dell'ispezione oculare, qualora un'eccezione uguale colpisca il giudice. Così accadrebbe se si dimostrasse ch'egli, o eseguì l'ispezione senza aver prima verificata l'identità dell'oggetto da ispezionare, o non la eseguì abbastanza in tempo [1], o non esaminò egli stesso in persona le cose, ma fece scrivere, come sue proprie, le osservazioni che gli furono comunicate da altri [2].

† In ispecie poi l'ispezione perde la sua forza di prova quando si riferisce a fatti che non sono oggetto d'osservazione dei sensi, e contiene invece dei giudizj che potrebbero darsi soltanto da persone esperte (*a*).

dice le potrebbe credere segni di un certo genere di morte quando in fatto non sono che macchie cadaveriche. V. la mia Memoria nell' Arch. di Goltdamer V, p. 593.

1 P. e., se avvennero già mutazioni nell' oggetto da ispezionarsi.

2 Non è infrequente il caso, che l'inquirente dia incarico ad un subalterno di esaminare una cosa, e ne registri poi le osservazioni come fatte da lui stesso.

(*a*) Tale è il caso in cui il giudice dice, certe macchie essere di sangue, mentre che sarebbe necessaria una perizia tecnica.

Anche il modo con cui l'ispezione viene eseguita può farle perdere la sua forza provante, quando è manifesto che il giudice procedette affatto superficialmente, p. e., tenendosi così distante dall'oggetto da ispezionarsi, che tornasse impossibile il farsene una esatta idea; oppure non adoperando i mezzi necessarj, come sarebbero le misure, o misurando così alla sfuggita in via approssimativa; o finalmente asserendo sue, le osservazioni fatte realmente da altre persone, come avviene spesso nell'ispezione dei cadaveri, in cui il giudice descrive, come vedute da lui, le cose che il medico gli viene dettando †.

Attesa l'importanza già spiegata nel (capit. XXI) dell'intervento di un attuario all'ispezione oculare, la forza provante di questa viene invalidata anche allorquando emerga, che l'attuario non osservò in persona, ma scrisse semplicemente quanto gli dettò l'inquirente [3].

Siccome poi la forza provante dell'ispezione dipende dall'esserne stato registrato l'esito in un publico documento, subito dopo le verificazioni assunte, così verrà indebolita anche da ogni circostanza, che dimostri [4] non essersi scritto il protocollo immediatamente dopo l'esame, o non aver questo i caratteri d'un publico documento [5]. † Da tutto ciò scaturisce esser debito del difensore di non accontentarsi, nel dibattimento, della lettura del protocollo d'ispezione, ma di interrogare il giudice o quell'impiegato che eseguì l'ispezione, come si farebbe d'ogni altro testimonio, analizzando, colle premesse norme, l'ispezione medesima, onde costringere il testimonio a precisare come e con quali mezzi la abbia eseguita † (*).

Di solito l'ispezione debitamente fatta sarà soltanto un mezzo di prova del fatto [6] o d'una parte del medesimo [7]; ma difficilmente potrà provare eziandio, che una data per-

3 Il che sarà certissimo quando l'attuario sia arrivato sul luogo ad ispezione già compiuta.

4 È una pratica biasimevole quella di attendere a far la redazione del protocollo sol dopo giunti a casa, dove è d'uopo consultar spesso incomplete annotazioni a matita.

5 P. e., se manca la firma dell'impiegato.

(*) Questo in pratica ha luogo soltanto nei casi, in cui, o per apparenti difetti dell'ispezione, o per le asserzioni dell'imputato, si renda necessario di verificare, colla testimonianza di quei funzionarj che assunsero l'ispezione, se sussistessero o no circostanze, di cui il protocollo non fa parola o non completamente — A.

6 P. e., che alcuno fu ucciso.

7 P. e., che il furto accadde con rottura.

sona abbia commesso il reato. Ciò potrebbe tuttavia avvenire; e la prova sarebbe *diretta* qualora il reato venisse commesso in presenza del giudice (mentre forse, per l'avutone annunzio, volea sorprendere i rei sul fatto [8]), e sarebbe *indiretta*, s'egli scopre, mediante l'ispezione oculare, certi fatti, dai quali emergono gravi sospetti che una data persona abbia commesso il misfatto [9]. L'ispezione oculare, finalmente, può somministrare importanti dati onde constatare, se il reato fu commesso con prava intenzione; se l'incolpato agì per necessaria difesa, e simili [10].

8 P. e., se il giudice coglie una società di falsarj *in flagranti*.

9 P. e., se si rinvengono sul corpo dell'esaminato, ferite corrispondenti a quelle, che il danneggiato asserì di aver recate al suo assalitore.

10 P. e., dalla qualità e direzione delle ferite può emergere, che l'incolpato le recò sol *dopo* che l'avversario si trovava già atterrato.

Digitized by Google

PARTE TERZA.

DELLA PROVA MEDIANTE IL PARERE DEI PERITI (*a*).

CAPITOLO XXVI.

Natura della prova per periti.

Si ricorre alla prova per periti, ogni volta che nella decisione di una causa penale si presentano quistioni influenti, le quali non possono essere risolte in modo convincente per il giudice, se non da persone che abbiano certe cognizioni tecniche e certe attitudini. Tali sono i casi seguenti:

1.° Quando si tratta di stabilire se esistano certi fatti o fenomeni, a ben constatare i quali si richiedono cognizioni dell'arte: come sarebbe per giudicare se vi siano i segni della verginità, o se nel corpo di taluno vi sia del veleno;

2.° Quando si ha da determinare l'indole o natura di certi fatti [1];

3.° Quando si dee decidere della possibilità o della verosimiglianza delle cose allegate in processo [2]; o per il

(*a*) † Vedansi, circa la dottrina della prova per periti: Birnbaum, nel l'Arch. del Dir. Crim., vol. V, pag. 182 — Schwarze, Annali del Dir. pen. Sassone, vol. IX, pag. 56. — Mittermaier, Arch. di Goltdamer pel dir. pen. prussiano, vol. 1, pag. 7, 107, 279. Il qual lavoro fu tradotto anche in italiano col titolo *Sulla condizione ed efficacia dei periti nel procedimento penale*, Genova, 1854. — Arnold, Arch. del Dir. crim. 1855, pag. 497. E una buona rivista delle legislazioni italiane intorno ai periti trovasi anche in Freschi, *Manuale di medicina legale*, vol. I †.

1 P. e., il cammino percorso da una ferita nel corpo dell'offeso.

2 P. e, se ad una certa distanza un uomo potesse essere colpito da una palla da fucile.

detto di un testimonio [3], o per avere l'imputato addotte circostanze accessorie di un reato da lui confessato, la prova delle quali serve a dimostrare la verità della confessione medesima [4];

4.° Quando si dee trarre dai fatti, risultanti dal caso concreto [5], un giudizio d'arte;

† 5.° Se si tratta d'un giudizio d'identità sulla persona dell'imputato o del danneggiato (*a*);

6.° Per decidere dell'ammissibilità o della forza di un indizio, p. e., se certe macchie trovate sugli abiti dell'imputato, siano macchie di sangue;

7.° Principalmente poi per decidere la quistione dello stato mentale dell'imputato, p. e., se si trovasse in uno stato di alterazione di spirito al tempo del fatto;

8.° E finalmente avviene non di rado che il giudizio dei periti sia tale da riuscir decisivo nel risolvere la quistione sulla punibilità dell'azione imputata all'accusato (*b*) †.

Da tutto ciò si scorge essere erronea l'opinione manifestata più sopra, che la prova per periti sia una specie della prova mediante ispezione oculare del giudice [6]. Certamente, si danno dei casi in cui l'ispezione dei periti coincide con quella del giudice [7], oppure i periti per poter dare un fondato parere, portano ispezione anche a quei fatti che, propriamente, sono da ispezionarsi dal giudice, perchè si tratta di una percezione pura dei sensi [8]. È im-

3 P. e., se egli vuol avere veduto anche ad una data distanza.

4 Come se egli narra di aver commesso un avvelenamento con una data sostanza.

5 P. e., che le lesioni sono mortali, o che il defunto è morto di veleno.

(*a*) P. e., se sul cadavere non si trovi traccia di segni incisi o screziature, mentre è noto che la persona, il cui cadavere vorrebbesi esser quello trovato, aveva siffatte incisioni; poichè sorge in tal caso la quistione, se col decorso del tempo abbian potuto cancellarsi. Vedansi buone indagini su di ciò in Tardieu, *Annales d'Hygiène legale* 1855, p. 17, e Casper, *Med. leg.*, pag. 115.

(*b*) P. e., quando si tratta di conoscere della responsabilità di un medico per gli errori da lui commessi nell'esercizio dell'arte sua. Tuttavia si concederebbe troppo al voto dei periti, se si seguissero le idee di Casper nella sua med. leg., pag. 648.

6 La qual confusione si trova anche in alcuni codici moderni, p. e., nel bavarese art. 252-55, (non così nel Reg. austr., dove, al § 261, sono espressamente distinte l'una prova dall'altra — A).

7 Così nelle ispezioni di cadaveri, e mentre il perito eseguisce la sezione, il giudice osserva anche quelle circostanze che riescono importanti per decidere se avvenne suicidio od omicidio, ovvero per stabilire un indizio sull'autore.

8 Tali sono la positura del cadavere e lo spazio occupato dalle macchie di sangue.

portante altresì che il giudice, come direttore dell'atto per il quale sono chiamati i periti, richiami la loro attenzione sopra quei punti, sui quali l'ispezione e la perizia son necessarie nel caso concreto [9]. Tuttavia non si potrebbe dire, nemmeno in tal caso, che l'ispezione peritale sia una specie di quella oculare del giudice; poichè il giudice non assume i periti allo scopo d'esser da loro posto in situazione di eseguire egli stesso l'ispezione. Soltanto in qualche caso potrebbe dirsi questo; p. e., allorquando in una sezione cadaverica operata dai periti vien levato lo sterno, e il giudice può vedere da sè la via percorsa dalla palla. Del resto, anche quando il giudice è presente, egli è solo all'occhio esercitato dall'arte che si palesa la vera qualità dei fatti, e per modo che l'inquirente si affida, in realtà, soltanto all'assicurazione dei periti, circa quei fenomeni, per comprendere i quali si richiede uno sguardo esperimentato [10].

Convien notare però, che in tutti questi casi, in cui il giudice è presente all'ispezione dei periti, questa non forma ancora la cosa sostanziale e decisiva; ma è unicamente un *mezzo* per l'emanazione del *giudizio*, che i periti devono proferire. Il medico chirurgo fa la sezione per poter giudicare della letalità delle lesioni; il chimico fa esperimenti per decidere se sia avvenuto un veneficio. Così essendo, a meglio stabilire la natura della prova per periti non giova punto il farne una specie dell'ispezione oculare del giudice; opinione, del resto, che non potrebbe sussistere in quei casi in cui i periti sono interpellati sopra mere possibilità in genere [11]; chè allora il giudice si vale della loro risposta unicamente per decidere della credibilità di certe deposizioni, † od anche per trarne delle conclusioni che giovano a risolvere una quistione connessa con quella della reità.

9 P. e., per dedurre dal modo con cui furono fatte le ferite, in qual posizione si trovavano reciprocamente l'ucciso e il suo avversario. — Così il § 83 Reg. austr. di proc. pen. « Il giudice inquirente dirige l'ispezione assunta col mezzo dei periti. Egli indica loro gli oggetti sui quali debbono rivolgere la propria attenzione, e pone le domande di cui crede necessaria la risposta. »

10 P. e., per giudicare del colore dei polmoni o della presenza dei tubercoli.

11 Se, p. e., taluno, che avesse ricevuta una determinata lesione, potesse ancora parlare sì a lungo e sì forte, da poter essere udito da un altro, che si trovava a una data distanza.

Circa la posizione dei periti nel processo penale sono da aversi presenti le seguenti importanti distinzioni (*a*):

1.° Frequentemente i periti non fanno se non quello che fanno gli altri testimonj, attestando cioè quello che hanno veduto coi proprj sensi, p. e., che negli abiti dell'imputato, o sul cadavere, esistono certe macchie;

2.° Altre volte invece essi decidono sopra dei fatti; ma tali che, per conoscerne la natura, è necessario l'uso di certi mezzi dell'arte, o di un occhio esperimentato a valersene; come quando un ostetrico ha da determinare se una data persona abbia partorito di recente, o quando il perito deve far uso del microscopio;

3.° Talora i periti pronunziano unicamente sul fondamento delle esperienze fatte già in casi simili, p. e., sugli effetti che produce il cadere nell'acqua fredda a ventricolo pieno;

4.° Altre volte, all'incontro, si attengono ai precetti scientifici ed a quelle esperienze che offrono certe verosimiglianze o possibilità (*b*);

5.° Spesse volte il medico è richiesto a dire come debba contenersi un medico in certi casi, e se possa essere responsabile dell'infelice esito della cura;

6.° In altri casi finalmente i periti deducono il loro giudizio sul fatto che hanno sott'occhio, da quelle massime fondamentali della scienza, alle quali hanno riportato altri fatti simili da loro osservati, p. e., sulla letalità delle lesioni (*c*).

Da tutto ciò scaturisce che, nel dare il suo parere, il perito segue in parte certe esperienze, in parte le massime della scienza o dell'arte. Le esperienze poi, o sono sue proprie, o sono d'altrui; e queste, o sono state a lui ri-

(*a*) Mittermaier, *Sulla condizione ed efficacia dei periti*, pag. 24. (Questa memoria si legge nell'*Eco dei Trib.* di Venezia, sez. I, vol. IV e V).

(*b*) Così quando si ha da decidere se taluno sia morto per suicidio o per violenza altrui, si guarda, tra le altre cose, se, fatto riflesso al modo con cui il laccio era stretto al collo, potesse il morto esserselo posto al collo da sè.

(*c*) Vedasi su questo argomento la *Dissertazione sulla constatazione del corpo del delitto in riguardo alla letalità delle lesioni*, del Prof. Mittermaier, tradotta in italiano dal D.r Giuliano Landucci; Firenze, presso Batelli, 1857. (Che poi l'esperienza propria dei periti debba entrare come elemento di giudizio, non può essere dubbio. Essi soli possono conoscere quali eccezioni siano da farsi ai principj generali della scienza; essi soli, p. e., possono sapere che in certi luoghi, forse per effetto del clima, certe ferite guariscono, che altrove sarebbero letali — A.)

ferite da altri periti, o le apprese dalle opere scientifiche. Quanto alle massime della scienza o dell'arte, finalmente, tutto dipende da ciò, se ed in quanto esse siano accettate nella scienza come solidamente stabilite; se siano proposte da un gran numero di periti, come massime giuste; ovvero se siano piuttosto considerate come ancora incerte.

Quanto è maggiore però l'importanza che in questi ultimi tempi fu annessa alla prova mediante periti, altrettanto è nuova la difficoltà che vi va congiunta. I progressi delle scienze naturali, e specialmente della medicina, della chirurgia e della chimica, diventarono adesso cotanto prodigiosi, da essersi dovuto riconoscere affatto erronee certe regole, che venivano considerate un tempo come decisive, benchè tratte da esperienze incompiute e insufficienti; tra le quali citiamo quelle relative agli effetti prodotti dai veleni, ai fenomeni che accompagnano certe malattie, alla constatazione della vita nei neonati, e simili. Donde risulta, benanche, come una volta i giudici credessero di poter risolvere essi medesimi certe quistioni, che, per gli odierni progressi delle scienze naturali, si riconosce non potersi risolvere, che col sussidio dei mezzi dell'arte e di persone esperte, p. e., quando si dee riconoscere la qualità di certe macchie, o adoperare il microscopio. Non può tacersi, per altro, che siffatti progressi e scoperte son noti anche ai malvagi, i quali si procacciarono in tal guisa mezzi e stromenti, da prima ignoti, per commettere i reati, p. e., nuove sostanze venefiche (*a*).

Alle quali difficoltà, che accompagnano le decisioni fondate sul giudizio dei periti, s'aggiunge quella nascente dalle infinite diversità di principj che dominano nella scienza, e dalla lotta delle nuove teorie contro le vecchie. La qual cosa pone i giudici e i giurati in situazione difficile; chè avviene di frequente che le opinioni dei periti si trovano in contraddizione tra di loro, seguendo gli uni le nuove idee, e ignorandole gli altri, o rifuggendone, per amor dell'antico (*b*) ÷.

(*a*) Il che si mostra specialmente negli avvelenamenti colla *Stricnina*.

(*b*) È pertanto una pericolosa opinione, quella manifestata da Casper nella sua *Med. leg.*, pag. 649, che, cioè, sia punibile quel medico il quale, al letto dell'ammalato, adopra un procedimento che è riprovato dalla preponderante maggioranza dei medici del suo tempo, e si allontana da ciò che essi fanno in questo e in simili casi, e da ciò che il maggior numero

In vista della grande varietà di casi pei quali torna applicabile nel processo penale l'opera dei periti, la quistione se i periti debbano essere considerati come testimonj [12] o come ausiliarj del giudice [13], giova ben poco a chiarire la vera natura della prova per periti [14]. E invero non sarà mai possibile di classificare *tutti i casi*, nei quali occorrono i periti, o sotto l'aspetto della testimonianza, o sotto quello d'un intervento sussidiario pel giudice [15]. Così, quando i periti han da risolvere unicamente certe generali quistioni e possibilità astratte, in realtà *decidono;* laonde non potrebbero chiamarsi testimonj, dal momento che nulla osservano. Quando, al contrario, depongono sopra fatti, per riconoscere i quali si richieggono ispezioni dell'arte, *solo una parte* della loro deposizione è simile a quella di un testimonio; certo essendo che l'occhio esercitato d'un uomo dell'arte decide con tanta sicurezza, se vi siano, a modo d'esempio, certi segni della gravidanza, con quanta l'occhio d'un comune testimonio decide se un dato colore sia nero. Tuttavia la parte principale della dichiarazione del perito, come già si è notato, è il *parere o giudizio* ch'egli esprime sulla natura dei fatti, e sul reciproco loro rapporto; e sotto tale aspetto il perito non può, di certo, venir confuso con un testimonio [16], quand'anche si volessero adoperare le frasi di *testimonio razionale* [17] o di *testimonio istrutto* [18], frasi che non danno alcun vantaggio.

Ma v'ha di più: codesta analogia, supposta, tra i periti e i testimonj, condurrebbe ad erronee conseguenze; poichè il motivo pel quale noi prestiamo credenza al testimonio è la fiducia che abbiamo ne' suoi sensi; per modo

degli scrittori proclama come giusto. Casper si dimenticò, che allorquando si fa da taluno una scoperta, sul principio le si move guerra dalla maggioranza conservatrice ed aborrente dalle cose nuove.

12. Così pensa Schneider, *Lehre vom Beweise.* (Teoria della prova) § 176. — Stübel, *Ueber den Thatbestand* (sulla essenza di fatto), § 257 — Grolman *Grunds.* (Principj fondam.) § 363.

13 Così pensa Gönner, *Handb des burg. Proc.* (Man. di proc. civ.) II, pag. 412.

14 Pratobevera, *della Prova per periti*, pag. 17. Ediz. di Verona, 1828.

15 Kitka, *Ueber Erhebung des Thatbestandes.* (Del riconoscimento del fatto), pag. 204.

16 *Proc. pen. ted.*, § 85.

17 Proposta da Grolman, Princip. fondam. § 363. (È un esempio da aggiungersi a quelli, a cui ci facemmo lecito di alludere nella nota (*) a pag. 95 — A.)

18 Frase adoperata da Pratobevera nella sua *Prova per Periti.* § 1 in fine.

che non gli chiediamo nemmeno i motivi della sua deposizione; mentre che il giudizio dei periti, se non fosse motivato, non ci inspirerebbe nessuna fiducia. Inoltre il testimonio può esporre anche sul momento, ciò che è a sua notizia, senza che occorra di accordargli un dato tempo a riflettere; e per l'opposto non si potrebbe mai rifiutarlo al perito, per riflettere sul giudizio che dee dare, dal momento che ha da raffrontare le sue opinioni colle esperienze altrui e coi principj scientifici. — Ogni testimonio, finalmente, dee fare la propria deposizione da solo; laddove, se i periti son più, si permette loro di consigliarsi a vicenda, e di esporre un concorde parere (*).

Ugualmente improprio è il considerare i periti come ausiliarj del giudice. Se ne farebbero altrettante persone giudiziarie, di cui il giudice sarebbe il direttore; e si vincolerebbero a lui, solo per illuminarlo ed alleggerirgli l'incarico; laddove, al contrario, nella più parte dei casi il giudizio dei periti è indipendente, e procura la convinzione al giudice inquirente, il quale è affatto ignaro di molte cose attinenti alla scienza ed arte loro, senza che l'autorità di esso eserciti alcuna influenza, benchè l'*ispezione* sia diretta da lui.

† L'opinione che i periti siano ausiliarj del giudice, ne ha poi fatto sorgere un'altra assai pericolosa; immaginandosi essi che, quali ausiliarj, siano essi soli incaricati di risolvere definitivamente le quistioni loro proposte, per modo che sia poi un assoluto dovere del giudice, di porre il loro responso come base della sentenza. Il giudice, invece, non altro possiede, nel parere dei periti, che i materiali e gli schiarimenti, che poi, debitamente esaminati e ponderati, mette a profitto nel proferire il suo giudizio (*a*).

Per decidere poi fino a qual punto i periti siano testimonj, (*b*) convien separare in due parti la quistione. La prima parte è: se i periti possano essere equiparati ai testimonj, circa la forza provante della loro deposizione; e

(*) Ed anzi possono riservarsi di presentarlo in iscritto entro un termine da destinarsi. § 84 Reg. austr. di proc. pen. — Nei dibattimenti i periti, al pari dei testimonj, si sentono separatamente gli uni dagli altri, ma se nasce conflitto tra le loro dichiarazioni, si sentono di nuovo in una discussione comune. Con questo mezzo si raggiunge di solito una somma precisione nel parere dei periti. *Ivi*, § 256 — A.

(*a*) Mittermaier, *Condiz. dei periti*, pag. 26.

(*b*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 81. — Helie *Traité de l'instr.*, vol. V, pag. 689. — Mittermaier, *Condiz. dei per.*, pag. 27.

crediamo di no; la seconda è: se certe regole e prescrizioni di procedura, relative all'esame de' testimonj, si possano applicare ai periti; e crediamo che talune si possano, almeno sotto un certo aspetto. Voler considerare i periti come una specie di testimonj, condurrebbe alle più fallaci conseguenze, poichè il giudizio o parere dei periti consiste nel riscontrare i fatti concreti colle esperienze scientifiche loro note, o coi principj fondamentali, e nel trarne certe conseguenze colle quali vien risolto un quesito proposto; laddove il testimonio deve deporre sopra ciò che ha osservato coi proprj sensi. Anche allorquando i periti depongono all'appoggio della loro propria osservazione, questa è però soltanto un *mezzo* per giungere a un certo giudizio; ed infatti il giuramento ch'essi prestano, è diverso da quello dei testimonj, cosicchè anche la falsità del loro parere produce conseguenze diverse (*a*).

Quanto alla seconda parte anzidetta della quistione, è bene osservare che l'analogia tra i periti e i testimonj rileva ancor più nel processo orale ed accusatorio, in quanto che, p. e., in Francia ed in Inghilterra i periti sono indicati sulla lista dei testimonj (*), sia del publico ministero che del difensore. Così pure il presidente (in Francia) e l'accusatore e il difensore (in Inghilterra) dirigono loro le domande come si fa cogli altri testimonj. Il che è naturale, dappoichè è di fatto che in certi casi il perito fa deposizioni precisamente della stessa natura di quelle che fa ogni altro testimonio, cioè sopra fatti di cui venne in cognizione per mezzo dei proprj sensi, p. e., quando un medico riferisce certe dichiarazioni che il ferito aveva fatte con lui (**). Anche in Inghilterra (*b*) ed in Francia (*c*) si riconosce però, sì dalla scienza come dalla pratica, che i periti non sono propriamente da considerarsi come testimonj comuni.

(*a*) Helie, vol. V, pag. 681. (La formola del giuramento dei periti è, secondo il Reg. austr., la seguente: « Giuro di voler esaminare accuratamente l'oggetto, esporre fedelmente e compiutamente le fatte osservazioni, e dare il parere secondo la mia migliore saputa e coscienza, o secondo le regole della mia scienza od arte » § 81. Egli è evidente che un errore scientifico, in forza del quale il perito attesta cosa non vera o inesatta, è tutt'altra cosa che una falsa deposizione testimoniale — A).

(*) Lo stesso avviene in Austria, §§ 217 e 218, Reg. di proc. pen. — A.

(**) Questo accade soventi volte; ma è chiaro che in questa parte della sua deposizione si considera in lui, non il *perito*, ma il *testimonio*, laonde può essere, p. e., confrontato coll'accusato o con altri testimonj — A.

(*b*) Best, *Trattato*, pag. 590 — Greenleaf *Trattato* I, pag. 190 e 515.

(*c*) Helie, V, pag. 580.

Per conseguenza non solo vengono indicati col nome speciale di periti, ma siccome essi, in sostanza, pronunziano un giudizio, così non possono essere trattati come i testimonj, ma, p. e., dev'essere loro lasciato un tempo sufficiente per riflettere a ciò che han da rispondere, dipendendone anche la giustezza della sentenza del giudice. E perciò hanno fatto opportunamente quelle nuove leggi tedesche (*a*), ed italiane (*b*), che distinguono i periti dai testimonj, e danno separate prescrizioni per gli uni e per gli altri †.

Concludasi pertanto che la prova per periti è una specie particolare di prove, e si fonda sopra regole particolari.

† Il vero fondamento della forza provante dei periti consiste in ciò (*c*) che, quando per risolvere la quistione di reità è necessario di definire da prima una quistione preliminare, a cui si richieggono cognizioni tecniche, il giudice si rivolge a quelle persone le quali, per i loro studi e cognizioni ed esperienze, lo autorizzano a presumere, che la risolveranno nel modo più sicuro e più giusto. E se, dopo maturo esame, egli si convince che i periti da lui interrogati presentano tali guarentigie di credibilità e di dottrina, da non lasciar più nessun dubbio ragionevole sulla giustezza del parere da loro proferito, il giudice più non esita a dar loro piena fede, ed a sentenziare conformemente al loro giudizio. Come vedesi adunque, e come già fu spiegato più sopra a pag. 167, la forza provante dei periti si fonda sopra una serie di presunzioni e dipende da molteplici condizioni.

(*) Così si spiega come i vecchi giuristi opinassero che i periti son *giudici del fatto*, e come, in tempi più recenti, si paragonassero ai giurati (*d*). Ciò che ha di vero quest'opinione si è, che in molti casi la quistione decisa dai periti ha un carattere pregiudiziale, per modo che, se quella loro decisione si accetta, vien da sè che è risolta

(*a*) Reg. Austr. di proc. pen., § 78. Reg. Bad., § 86; d'Annover, § 97; di Sass., § 174.

(*b*) Cod. Sardo di Proc. pen., art. 157-143. *Delle Perizie.* — Cod. di Mod., art. 125-129 *Delle Perizie.*

(*c*) Mittermaier, *Condiz. dei periti*, pag. 29.

(*) Questo capo fino al segno † venne sostituito dall'Autore a una pagina del testo, la quale così rimane soppressa (pag. 186). Ivi si contenevano anche le note 19, 20 e 21 del presente capitolo XXVI, le quali ultime due sono poi compendiate nella seguente nota *d*) — A.

(*d*) Millæus, *Praxis criminis persequendi.* Parigi 1541, pag. 8. — Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, pag. 88, (lib. IV, c. VI).

anche la quistione della reità. Così accade, p. e., se in un'accusa d'infanticidio i periti dichiarano che l'infante ha vissuto; o se decidono che l'accusato ha il pieno uso dell'intelletto e non sofferse nessuna alterazione. È vero altresì che, per lo più, il parere dei periti è quello che determina la sentenza di reità; poichè appunto di solito accade che il giudice prenda quel loro parere a fondamento della sua sentenza. Ma è poi erroneo il dire che siffatto parere abbia la forza d'un verodetto come quello dei giurati, per guisa che il giudice vi sia senz'altro vincolato. I giurati decidono come veri giudici la quistione di reità, sicchè, di regola, i giudici del diritto devono sentenziare su quello che già hanno pronunziato i giurati. Ma i periti, all'incontro, non esprimono ai giurati ed ai giudici che una loro opinione sopra quistioni tecniche, opinione, del resto, che i giudici sono liberi di adottare, o no † (*).

Considerando poi attentamente i motivi pei quali il giudice fa del parere dei periti un fondamento della sua decisione, e determina secondo quello la sua convinzione, si trova che consistono nei seguenti:

1.° Perchè le persone che hanno la necessaria cognizione, e l'occhio abituato a riconoscere prontamente i veri fenomeni distintivi del caso concreto, e sanno far uso degli stromenti opportuni per scoprire il vero stato della cosa, meritano fiducia per quel che decidono nei termini dell'arte loro [22]. † Il giudice, infatti, quando sente un perito, presuppone che, oltre avere l'intelligenza e la logica comune, sappia anche, per proprie esperienze, studi e giudizj, tenersi libero da idee preconcette, e far tali indagini, che non solo non siano mosse da una sola idea, ma tendano allo scopo di ottenere un determinato risulta-

(*) Conformemente a questi principj il Reg. austr. di proc. pen., al § 265 dice: « ciò che nelle forme di legge viene accertato col mezzo di più periti, o secondo le circostanze, anche di un perito solo (§ 78), *può* ritenersi per legalmente provato; » dove quel *può* esprime appunto essere libero al giudice di non dar fede intiera alla perizia, ove nascano fondati motivi di dubbio, giusta il più volte citato § 260. E la Corte Suprema di Giustizia in Vienna, in una sua sentenza del 15 aprile 1856, n.° 3297, seguì con tanto scrupolo questo principio, che decise essere qualunque parere di periti, *anche di una publica Autorità, quale l'ufficio della Zecca,* soggetto al supremo criterio del giudice, il quale può non ammetterne la conclusione, quando l'attendibilità ne sia snervata da circostanze provate in processo. Vedi *Eco dei Trib.,* sez. I, n.° 615 del 29 giugno 1856 — A.

22 Carmignani, nel luogo or ora citato.

mento (*a*). Presuppone inoltre che il perito il quale si riporta ad esperienze, o ne abbia fatte egli stesso sull'oggetto in quistione, o possa giovarsi di un gran numero di quelle fatte da altri; e presuppone, finalmente, che gli autori di tali esperienze a cui egli si affida, siano tali da meritare piena fiducia, per imparzialità e coscienziosità, sì nel farle che nell'esporle. Per di più poi il giudice, se ha da aver fede nei periti, deve anche avere la certezza che essi, nel fare le necessarie esperienze, abbiano conosciute anche tutte le regole prudenziali, seguendo le quali soltanto si ottiene un risultamento sicuro, per proferire un giudizio; e che si siano esercitati in ciò che occorre per eseguire un' esatta ispezione (*b*);

2.° Perchè si fa calcolo della leale volontà dei periti di osservare e conoscere il vero, doppiamente eccitata dalla santità del giuramento, per il quale si trovano tanto più spinti a fare diligenti e coscienziose osservazioni, compresi dell'importanza del loro parere, la cui efficacia è pregiudiziale per la causa;

3.° Perchè si ha fiducia altresì che, per gli stessi motivi, i periti vorranno esporre pienamente e fedelmente ciò che hanno osservato.

† Da ciò si scorge che la quistione se un perito meriti credenza, coincide frequentemente coll'altra, se egli la meriterebbe anche come testimonio. E invero è chiaro, che in molti casi il perito è chiamato a raccogliere veri fatti (*), come quando, in casi di veneficio, cerca di informarsi di tutto l'andamento del male (*c*), o come quando, essendo egli ricercato di decidere dello stato mentale d'un accusato, dee visitarlo e trattenersi con lui, per indagare la specialità del suo stato. Or qui l'esperienza insegna che facilmente il perito si lascia trascinare da idee preconcette, oppure fonda il suo giudizio sopra osservazioni superfi-

(*a*) Vedine alcuni casi nella memoria sulla *condiz. dei periti*, pag. 31. (Il perito adunque deve investigare coi metodi suggeriti dalla scienza *se* certe macchie siano di sangue o d'altra materia, e non già proporsi di dimostrare *che sono* di sangue; se il giudice non fosse persuaso che il perito procedette con siffatta imparzialità d'opinioni, non potrebbe più considerare il parere del perito come una prova legale — A.)

(*b*) Ciò si riferisce principalmente alle osservazioni microscopiche le quali son facilmente ingannevoli qualora non siano fatte da un uomo assai pratico.

(*) Cioè non fenomeni ma avvenimenti — A.

(*c*) MITTERMAIER, nell'Arch. di Goltdammer, vol. V, pag. 741.

ciali ed incomplete. Tutto ciò che può rendere sospetto il buon volere di un testimonio d'osservare e deporre fedelmente, rende sospetto anche un perito. Anzi in tempi di lotte politiche potrebbe persino temersi il caso, che un perito di carattere poco saldo, sapendo desiderato da chi tiene il potere, un voto sfavorevole all'accusato (per esempio, che non sia punto affetto da alienazione mentale), seguisse ciecamente una idea prestabilita, e, tanto nell'assumere l'ispezione, quanto nel proferire il giudizio, mirasse a far apparire come accertato, ciò che forse è ancor dubbio †.

4.° Perchè si suppone, inoltre, che ad un uomo istruito e ricco di esperienza, non debba riescire difficile di scoprire le vere leggi scientifiche [23] o le esperienze, a cui certi fatti sono da attribuirsi;

5.° E che parimente saprà riscontrare esattamente i fatti del caso concreto con quelle leggi, e ne saprà dedurre le conseguenze logiche e scientifiche.

6.° La connessione poi ed il peso delle ragioni sulle quali si fonda il parere dei periti aumentano la fiducia che si ripone in esso, poichè ne risulta con quanta prudenza siano state ponderate le circostanze del caso, e quanto sia matura e fondata la discussione delle medesime.

7.° E finalmente l'accordo (*) di più periti in un medesimo voto o giudizio, è nuova guarentigia che lo rende meritevole di fede.

Così si scorge, come già fu notato altra volta, che la forza provante del giudizio peritale si fonda sopra una catena di supposizioni. È una presunzione, infatti, quella per la quale noi crediamo che i periti posseggano tutte le cognizioni scientifiche ed abbiano il proposito di eseguire una coscienziosa ispezione. Egli è unicamente quando tali circostanze di fatto concorrono, in un dato caso, a rafforzare siffatte presunzioni, che noi possiamo dirci convinti precisamente pel voto dei periti. Or chi non vede quanto sia per-

23 P. e., per giudicare dell'esito della prova docimastica conviene conoscere la legge tra la respirazione e la vita nei neonati.

(*) *Uebereinstimmung;* nella traduzione francese leggesi *humanité*, forse per mero equivoco tipografico invece di *unanimité*. Ma nella trad. palermitana (eseguita sulla francese) si legge: *In fine* L'INDOLE PLACIDA *dei periti è una garentia novella, nè meno grave delle oltre* (pag. 152). Questo si chiama saper amenizzare l'arida scienza! — A.

ciò stesso importante il diritto del giudice di esaminare il parere dei periti?

E se consideriamo quante volte i periti si fan forti di principj che la scienza fa oggetto ancora di molte controversie [24], oppure ad esperienze nelle quali è possibile illudersi [25]; se pensiamo che, per conseguenza, il parere dei periti è ben sovente null'altro che l'espressione di quello ch'*essi* credono; ci convinceremo altresì che la prova per periti dev'essere frequentemente equiparata a quella per concorso di circostanze o d'indizj.

Non è giusta quella differenza che taluni vollero fare [26] tra i periti incaricati dallo Stato di eseguire ispezioni tecniche in genere, e quelli che le parti hanno nominati nel caso concreto [27]. Secondo tal nuova opinione questi ultimi sarebbero veramente mezzi di prova, laddove i primi dovrebbero essere considerati unicamente come ausiliarj del giudice; partendosi così dalla falsa premessa che i periti, per ciò solo che son nominati dallo Stato, acquistino una maggiore autorità e credibilità. Or questa nomina, altro non significa fuorchè una data persona è designata onde il giudice se ne valga in certe ispezioni, sia perchè lo Stato ha cura, nell'interesse publico, che non manchino mai persone esperte e dotte [28], sia perchè tali persone sono stipendiate per siffatto ufficio.

† D'altronde la forza provante del parere dei periti dipende, come già si disse, dalla presupposizione che essi posseggano le cognizioni, l'esperienza e l'attitudine necessaria per eseguire le ispezioni, e leale volontà di esaminare a dovere e giudicare secondo verità; spetta però al giudice il conoscere se tali supposizioni esistano; e d'altra parte, in tanto singolare progresso delle scienze, può anche avvenire che il medico d'ufficio (solitamente attempato) non conosca, quanto un giovine, gli ultimi trovati, o non

24 Basta pensare alle dispute circa il valore delle esperienze sopra i polmoni e sopra la vescica.

25 Come, p. e., circa la sanabilità di una ferita.

26 Reinhard, *Handb. des bürgerl. Processes* (Man. del Proc. civ.), P. I, pag. 585 e segg.

27 Reinhard parla soltanto del Processo civile, ma per la stessa ragione egli dovrebbe distinguere i periti assunti dal giudice inquirente da quelli nominati dallo Stato.

28 Secondo l'organizzazione medica di certi paesi avvi un medico d'ufficio (nel Regno Lomb. Ven. avvi un medico Provinciale presso ogni Delegazione, e una Commissione sanitaria permanente presso le Luogotenenze) — A.

possegga con ugual sicurezza l'arte di eseguire le osservazioni (*a*) †. — Per questo solo poi il perito merita fede, perchè noi ci aspettiamo che un uomo esperto in arte sappia debitamente esaminare ciò che gli è proposto, e proferire poi un fondato giudizio; laonde quel che gli acquista fede presso il giudice si è la sua tecnica istruzione. La nomina ufficiale assicura bensì che il perito abbia le necessarie cognizioni, ma questa sicurezza si può conseguire anche altrimenti, p. e., con esami, o tenendo conto della notoria rinomanza scientifica del perito [29]. Si vedrà in seguito che non è obbligatoria nemmeno codesta chiamata dei periti ufficiali, e che l'inquirente è sempre libero di sceglierne anche degli altri (*).

CAPITOLO XXVII.

I periti considerati secondo le diverse legislazioni.

Abbiamo già notato più sopra, nel Cap. XXI, che nel diritto Romano non si trova alcuna prescrizione relativa alla prova per periti nel processo penale, pel motivo che non si dava gran valore alla constatazione del fatto in genere, nel significato d'oggidì [1]. Ma introdotto il pro-

(*a*) *Della Condiz. dei periti*, pag. 38.

29 Quando un celebre medico chirurgo abbia proferito il suo giudizio, e il medico d'ufficio ne abbia proferito un altro, sarà ben difficile che si presti maggior fede a quest'ultimo pel solo motivo che è *d'ufficio*.

(*) Nel Reg. austr. è disposto ciò che segue: « La scelta dei periti spetta al giudice inquirente. Se ve ne sono di addetti stabilmente al giudizio, non se ne assumerà altri, fuori del caso che siavi pericolo nel ritardo, o che quelli trovinsi impediti per circostanze particolari, o nel caso speciale appajano soggetti ad eccezione » (§ 79). — Con Ordin. del Min. della Giust. emanata d'accordo col Min. dell'Istruz. pub. 21 ott. 1853, (Boll. delle Leggi 1853, n.° 219), fu ordinato « che si eviti di far intervenire i professori della facoltà medica (medico-chirurgica) come periti nei processi giudiziarj penali, in quanto tale intervento non si renda necessario per l'importanza del caso, o per altre speciali circostanze, e qualora se ne riconosca la necessità, l'intervento non abbia a durare più di quanto occorre indispensabilmente. » — Questa ordinanza, come è facile vedere, tende al duplice scopo di evitare ai Professori una distrazione dall'insegnamento di cui sono incaricati, e di non escluderli dal formar parte della commissione decidente della Facoltà, qualora il Tribunale creda di sottoporre alla medesima l'esame del parere dato dai periti — A.

1 Perfino nell'omicidio non avvi nulla che dimostri che si procedesse ad una ispezione del cadavere coll'opera di periti. Vedi Gericke, *Progr. quo inspectio cadaveris apud Romanos in usu fuisse ostenditur*. Helmst, 1759. † Pfordten *Beiträge zur Geschichte der gerichtl. Medic.* (contribuzioni alla storia della medicina legale) Würzburg, 1858, e Geib, nell'Arch. del Dir. crim. 1843, pag. 157 †.

cesso inquisitorio, codeste ispezioni acquistarono tosto importanza, e però nel diritto canonico è fatta parola dell'assunzione di medici in qualità di periti [2], quantunque sia ben da credere che, allo stato in cui la scienza si trovava a que' tempi, l'opera del medico si limitasse alla visita esterna.

Anche nel diritto germanico si introdusse per tempo il costume di chiamare i medici per risolvere le quistioni dell'arte, e così lo troviamo nel diritto municipale delle città del Belgio [3] e dell'Olanda [4]. † E lo stesso dicasi dell'Italia (*a*) †. Per certo, anche in Inghilterra si usò ben presto che il *coroner* [5] incaricato di far proferire dal Giurì un verodetto sulla specie di morte d'un defunto, e di provocare una procedura, chiamasse i medici. Anche i pratici italiani del medio Evo attribuivano uno speciale valore al parere dei periti [6], e si scorge dai loro commentarj che l'inquirente nominava il perito soltanto nel caso che l'accusatore e l'accusato non fossero d'accordo nella scelta [7]. È ben naturale che, se già v'era codesto uso forense, anche Schwarzenberg prescrivesse, come fece, nella C. C. C. [8], la chiamata dei periti. Ma una tale prescrizione si limitava ad imporre ai periti di ispezionare le ferite e di pronunziare il loro parere su di esse; il che procedeva dal non essere, in que' tempi, l'arte di sezionare i cadaveri, diffusa per modo, che si fosse adottata anche nelle procedure giudiziali [9]. E persino i pareri peritali di quell'epoca, giunti fino a noi [10],

2 C. 18 X. *De homic.*

3 Cod. municip. di Bruges del 1281, in Saint-Genois, *Monuments anciens* Paris, 1782, pag. 684.

4 Vedi Alkemade, già citato nel Cap. XXI, nota 12.

(*a*) Negli Statuti dell'isola di Sardegna (Codice della Repubblica di Sassari, Ediz. di Tola, Cagliari 1850, pag. 141), si vede indicato l'intervento dei periti in casi d'omicidio. Ne somministra importanti argomenti Tarusti, *Della legislazione ital. intorno alle lesioni personali*. Bologna 1857.

5 Biener, *Gesch. des Inquisitionsproc.* (Storia del processo inquisitorio), pag. 280, e meglio ancora Tomlins, *Law Dictionary* (Diz. di Dir.), Augusta 1809, voce *Coroner*, n.° 11.

6 Gandinus, *De maleficiis*. Til. *De Homic.* n.° 24. Egli diceva fin d'allora che si dee prestar maggior fede a due o tre medici, in quel che riferiscono sulla qualità delle ferite, che non a dieci o venti testimonj che non siano medici.

7 Gandinus l. c., n.° 25.

8 Art. 149 C. C. C.

9 Vedasi in proposito il mio *Man. di proc. pen.*, vol. I, pag. 620, e si confronti colla mia *Proc. pen. ted.*, § 115.

10 *Proc. pen. ted.*, § 115, nota 22.

dimostrano che allora si soleva limitarsi all'ispezione esterna delle ferite.

Col progredire della scienza, e prendendo dominio la massima che si debba dissipar ogni dubbio nella ricerca della verità assoluta, l'uso dei periti si fece sempre più generale; in guisa che divenne persino un vero obbligo dell'inquirente, quel di valersi di ogni mezzo e di ogni via d'indagine, per conseguire possibilmente il più alto grado di certezza. E allora s'interrogarono i periti, non solamente per constatare il fatto delittuoso in genere, ma eziandio per verificare la credibilità delle testimonianze [11] o della confessione [12], od anche per giudicare della imputabilità dell'accusato [13]. Questo è il carattere più ampio che hanno nei codici moderni le prescrizioni sulla prova per periti.

Il Codice Austriaco [14] si limita a qualche cenno; ma basta a dimostrare che la legge considera questa specie di prova, come una prova che sta da sè [15]. Sono assai più compiute le disposizioni dell'ordinanza Criminale prussiana [16]. La legge distingue accuratamente la deposizione che fanno i periti su ciò che hanno veduto o sentito, la quale è equiparata alla testimonianza, dal giudizio che essi proferiscono; ma vuole che concorra sempre la controlleria del giudice, facendogli obbligo [17] di guidare l'ispe-

11 P. e., quando il testimonio afferma che il reato fu commesso in un dato modo. (Suppongasi che un testimonio affermi d'aver veduto l'accusato ad uscire da un fenestrello, e la perizia dimostri che l'accusato non potrebbe passarvi attesa la sua grossa corporatura. La testimonianza risulterebbe senz'altro falsa — A).

12 P. e., per decidere se sia possibile che nel modo, con cui, secondo la confessione dell'accusato, egli avrebbe commesso il reato, non lasciasse alcuna traccia del fatto. (Suppongasi che egli confessasse di aver scavalcato un muro e d'aver commesso il furto, e che i periti, osservando che il muro e le tegole sovrapposte, su cui stanno anche dei ciottoli, non presenta nessuna traccia del passaggio d'un uomo; che anzi non si vede nessun'orma nella terra molle sottoposta al muro nella parte interna; giudicassero non aver potuto un uomo passare per quella parte senza lasciare traccia. Ecco che la confessione sarebbe improntata di falsità — A).

13 *Proc. pen. ted.*, § 140.

14 Cod. austr. 1803, sez. II, § 240, 247 (a cui, come si disse più volte, fu sostituito il Reg. di proc. pen., 29 lug. 1853, contenente disposizioni più esplicite e norme più diffuse nei §§ 77 e segg. — A).

15 Non può dirsi pertanto con Kitka (Della constataz. del fatto, p. 218) che il codice consideri questa prova come una specie della prova mediante ispezione oculare.

16 Ordin. Crim. Pruss., § 141-178.

17 § 143.

zione dei periti e di pretendere da loro un giudizio concludente [18].

Il Codice di Baviera [19], al contrario, sembra che consideri la prova per periti come una specie dell'ispezione giudiziale, e che attribuisca maggior fede ai periti nominati stabilmente dal governo, che agli altri [20]; quanto poi alle loro ispezioni applica le regole della testimonianza [21]. La forza provante del parere dei periti è, finalmente, vincolata a certe condizioni [22].

Ma in quelle legislazioni che riposano sulla publicità, la prova per periti ha un carattere diverso. Nel processo inglese l'intervento dei periti ha luogo sopratutto nella investigazione che assume il *Coroner* [23] sulla morte di una persona, per riconoscerne la causa. La pratica inglese si vale in questi casi dei medici [24], e il *Coroner* decide poi secondo il loro parere [25]. † Sono per altro assai comuni i lagni sulla insufficienza delle indagini che il Coroner fa fare dai medici; in parte perchè il Coroner, massime nella campagna e nelle piccole città, non possiede le cognizioni necessarie per guidare una investigazione così difficile, e in parte perchè benespesso intervengono certi sedicenti medici, che essendo inetti e non informati dei progressi della scienza, fanno ispezioni superficiali e danno un parere ugualmente superficiale (*a*) †. Del resto la procedura dinanzi al Coroner vale unicamente per la inquisizione preliminare, poichè nel dibattimento tocca ai giurati a decidere, secondo le prove loro prodotte. E qui è importante la chiamata dei periti, p. e., per dare il loro parere sulla letalità delle lesioni, od in caso d'infanticidio, e simili; se non che poi questi periti son citati

18 § 168.
19 Cod. Pen. bav., art. 255.
20 Dei primi basta *uno* solo; dei secondi se ne richiedono *due;* così l'art. 256.
21 Art. 264, n.° 1.
22 Art. 264.
23 *Proc. pen. ted.*, § 57. — Russel, *On crimes and misdemeanors*, (Dei crimini e delitti) II, pag. 661.
24 *The Jurist* (Il Giurista), Giorn. trim. di giurisprud., fasc. I, p. 50.
25 Tomlins, Diz. di Dir., voce *Coroner*.
a) Lo abbiam dimostrato nell'opera *Das englische Strafverf.* (Il proc. pen. inglese) pag. 96-106, e nell'opera *Die Gesetzgeb.* ecc., pag. 561. Sui difetti di procedura in casi di avvelenamenti, vedi la mia dissertazione nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 725.

e sentiti non altrimenti che come testimonj [26]. E siccome i giurati non son vincolati a una teoria di prove, dipende da loro se e qual valore vogliamo attribuire al deposto di essi [27]. Tuttavia è da dire che il giurato inglese, essendo solito ponderare con calma e serietà le prove del processo, e decidere secondo il risultamento di esse, non è facile che trascuri la deposizione di un perito, sul quale non sorgano motivi di diffidenza.

† Il presidente poi non chiama mai i periti all'udienza; poichè spetta all'accusatore di citarvi quelli di cui intende valersi per sostenere la sua accusa. Per conseguenza essi vengono classificati nella sezione delle prove in aggravio, e l'accusatore ha egli pel primo il diritto d'interrogarli; dopo di che li interroga il difensore nell'esame incrociato. Similmente se il difensore ha fatto egli citar de' periti, spetta a lui la facoltà di interrogarli pel primo, indi all'accusatore nell'esame incrociato, sempre però nella sezione della prova a discolpa. Ma da questo metodo sorgono gravi difetti nella prova stessa per periti; poichè le deposizioni loro riescono spezzate, e divise. Ed invero i periti sono interrogati in due diverse sezioni della procedura, e spesso depongono anche in modo molto superficiale; e d'altra parte i giudici, che ignorano i progressi della scienza speciale professata dai periti e specialmente quelli relativi alle malattie mentali, e che talora sono imbevuti d'antichi pregiudizj, influiscono sfavorevolmente sul Giurì. †

Nel processo penale francese i periti sono nella medesima condizione; al pari dei testimonj [28], vengono citati e sentiti al dibattimento [29], spettando ai giurati unicamente il giudizio, se essi abbiano da prestar fede al parere dato dai periti; e benespesso accade che, dopo discussioni mediche di più giorni, l'importanza delle quali non può essere compresa dal Giurì, questo si formi quell'opinione che più gli piace, e decida secondo quella.

26. Philipps, Legge sulla prova, vol. I, pag. 290. — Russel, Dei crim. e del. II, pag. 623.

27 Nel *Law Magazine* (Arch. leg.), si leggono interessanti notizie sul modo con cui nei tribunali inglesi si assumono le testimonianze dei periti medici (fasc. 3.°, n.° 2 e fasc. 4.°, n.° 2).

28. In quanto siano da considerarsi come veri testimonj, vedasi nella *Gazette des Tribunaux* 1828, n.° 857.

29 Anche l'imputato, se vuol far citare dei periti in suo vantaggio, dee curare che siano indicati sulla lista dei testimonj a discolpa.

(*) † Nell'istruzione preliminare può trattarsi di un così detto *délit flagrant*, o no. Se non è il caso del delitto flagrante, il chiamare i periti, dirigere le loro ispezioni e ricevere il loro parere, è officio del giudice istruttore (*a*). Dee però eleggere come periti gli *officiers de santé*, deferir loro il giuramento e sentirli a protocollo, quando non credano di dare il loro giudizio in iscritto. Alle loro operazioni il giudice istruttore può assistere, volendo, e tale è anche la pratica; ma non ne ha vero obbligo (*b*). Se poi è il caso del delitto flagrante, chi assume i periti e ne riceve il giuramento e il parere, è il procuratore di Stato (imperiale) (*c*). Del resto la legge non dà, nè al giudice, nè al procuratore, alcuna istruzione più precisa (*d*), abbandonando il tutto al loro arbitrio. E siccome in Francia non è prescritto, per gli studenti d'università, lo studio della medicina legale (*), così i giudici e i procuratori, al pari di taluni medici, sono ben poco informati dei nuovi bisogni; e però la verificazione del fatto in genere per mezzo di periti, riesce in Francia assai imperfetta, e i loro giudizj

(*) Tutto questo passo è sostituito dall'Autore ad un altro, con cui nell'ediz. tedesca termina questo capitolo — A.

(*a*) Code d'instr., art. 44. Hélie, *Traité* vol. V, pag. 653.

(*b*) Hélie, pag. 665.

(*c*) Code, art. 43, 44.

(*d*) La legge è così mancante che non fa speciale menzione nemmeno dei casi di avvelenamento, laonde, a rigore, si dovrebbero far intervenire come periti unicamente gli *officiers de santé*, ossia de' periti non chimici. La pratica vi supplisce. Barge *Manuel de la cour d'assises dans les questions d'empoisonnement*. Paris, 1848. (Il Reg. austr. dispone (§ 91) « Presentandosi sospetto di avvelenamento, si faranno intervenire alla verificazione del fatto, *oltre* i medici, ove sia possibile, *anche due chimici*. L'analisi dei veleni può per altro essere fatta, secondo le circostanze, anche dai chimici soli, in un locale a ciò specialmente adatto. » E così anche il § 98 dell'ordin. min. 28 genn. 1855 sulle sez. dei cadav. — A).

(*) Le nostre università hanno, come è noto, una cattedra di medicina legale pei medici. L'insegnamento dura un solo semestre e non è prescritto come cattedra d'obbligo per gli studenti di legge, ai quali è però libero d'intervenire alle lezioni. Già più volte venne proposto che, mentre il Governo pensa ad aumentare i *Corsi speciali* e sussidiarj, voglia aggiungere, come obbligatorio, lo studio della medicina legale pei legali. L'insegnamento dovrebbe essere accomodato a studenti che son digiuni di nozioni elementari mediche, e recherebbe immenso vantaggio ponendo i giudici in situazione di esercitare davvero e *con cognizione di causa*, quel diritto che dà loro la legge, di ponderare sotto ogni aspetto il voto dei periti; accettarlo, se lor sembri concludente; conoscerne le parti mancanti e proporne la correzione ad altri periti, od alle facoltà mediche. In particolare nei casi di alienazioni mentali o d'altre malattie dello spirito, la cognizione della medicina legale sarebbe senza dubbio d'incalcolabile utilità. Facciam voto pertanto che questo desiderio venga una volta esaudito — A.

non offrono solida e consistente base (*a*). Egli è assai facile, nei casi più delicati, che la constatazione del delitto resti abbandonata agli officiali della polizia giudiziaria, e quindi anche ai membri del publico Ministero (Procuratori imperiali) i quali hanno in vista quasi esclusivamente l'interesse dell'accusa (*b*). Così pure, quanto al modo di sentire i periti nel dibattimento orale, il Codice francese non ha norme speciali, e tutto abbandona alla pratica (*c*). Nei dibattimenti che hanno luogo dinanzi alle assise, il publico Ministero pone il nome dei periti, di cui vuol servirsi, sulla lista dei testimonj (poichè si procede sempre secondo l'opinione di una analogia tra testimonj e periti); e il difensore cita quelli di cui intende valersi nella difesa. L'interrogatorio dei periti poi si fa col mezzo del Presidente, poichè nè il procuratore nè il difensore non possono fare domande direttamente ai testimonj (*d*). È del resto una pratica da riprovarsi quella che il Presidente, in forza del suo potere discrezionale, possa a suo piacimento citare e sentire periti senza giuramento, mentre può anzi accadere che le deposizioni di tali esperti siano quelle che fanno la maggiore impressione sui giurati (*e*). Parimente non può essere lodata l'altra pratica, pure usitata in Francia, per la quale, se col mezzo dei periti che furono citati, l'accusa non viene sostenuta, il Procuratore domanda l'aggiornamento del dibattimento allo scopo di citare nuovi periti, e il presidente vi aderisce. Chi è che non veda, pregiudicarsi così assai facilmente ai diritti dell'accusato? (*f*)

Fu provveduto assai meglio nelle legislazioni tedesche allo scopo di trarre miglior profitto dalla prova per periti, essendovisi inserite compiute istruzioni sul modo di procedere (*g*), ed essendosi instituiti medici giudiziarj e per-

(*a*) *Della condiz. dei periti*, pag. 47.
(*b*) Vedi Mittermaier nell'Arch. di Goltdammer 1850, pag. 726.
(*c*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 94.
(*d*) Quanto alla procedura dinanzi ai tribunali di polizia e correzionali, vedansi buone osservazioni di Hélie, Traité, vol. VII, pag. 517, 734.
(*e*) Bonnier, *Traité*, pag. 94. — Mittermaier, *Della condizione dei periti*, pag. 47.
(*f*) Così accadde nel processo contro la Laffarge. Vedi *Della condizione dei periti*, pag. 62.
(*g*) Commendevole sopra tutte è la Ordin. Min. Austr. 28 genn. 1855 sulle ispezioni e sezioni cadaveriche.

sino de' chimici pei casi di veneficio (*a*); e per tal modo codeste leggi han procurato ai Tribunali periti meritevoli di tutta la fiducia. A conseguire poi la maggiore convinzione nel parere di essi, quelle leggi stabiliscono che se il giudice inquirente o la camera d'accusa ha tuttavia dei dubbj, debba invocare il giudizio dei collegi superiori di periti (*b*). Nelle sessioni delle Assise essi vengono citati dal Procuratore di Stato e dal difensore; ma è poi da censurarsi la disposizione di alcuni codici tedeschi (*c*), che, cioè, i periti da citarsi vengano indicati nel conchiuso d'accusa: poichè il Tribunale potrà ben di rado prestabilire quali periti saranno d'essenziale influenza; sicchè ne verrà danno facilmente alla difesa. In quei codici, però, si è provveduto assai meglio che in Francia, al modo di sentire i periti nel dibattimento orale, poichè i presidenti, i Procuratori di Stato e i difensori sono meglio istruiti nella medicina legale (*d*). Ma è, in pari tempo, una pratica biasimevole quella di limitarsi a far leggere il parere scritto, anzichè citare i periti, onde lo esprimano a voce; e quella altresì di restringere soverchiamente il diritto di scelta spettante al difensore che volesse citare de' periti, oppure di dare la preferenza ai periti proposti dal Procuratore di Stato, sopra quelli proposti dal difensore (*e*). E finalmente è a deplorarsi, che frequentemente i difensori, nulla o poco informati dello stato in cui si trovano le scienze naturali, non sappiano insistere con opportune domande affinchè i periti diano risposte concludenti †.

(*a*) Mittermaier, nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 730. Sarebbe pericoloso il far uso degli ordinarj farmacisti. (In Lombardia, però, molti farmacisti sono anche dottori in Chimica ed hanno laboratorio chimico — A).

(*b*) Mittermaier, *Condiz. dei per.*, pag. 55. — Il Reg. Austr. al § 85 dispoae che « se i periti sono di opinioni diverse, il giudice inquirente potrà, a norma delle circostanze, o sentirli di nuovo, o far intervenire un terzo perito, oppure procurarsi il parere di altri periti. Se i periti sono medici o chimici, si chiederà in tali casi il parere della Facoltà medica dell'Università più vicina. Ciò potrà farsi anche allorquando il Tribunale, attesa l'importanza del crimine, trova necessario per lo scoprimento del vero, di riportare il parere di una Facoltà ».

(*c*) P. e., il Reg. austr. al § 200, e la legge di Baden del 1851 al § 86. Vedi contro tal pratica la mia opera *Legislazione*, ecc., pag. 417.

(*d*) *Condiz. dei Per.*, pag. 56-64 — *Legislaz. e prat.*, pag. 473.

(*e*) Ad onore della magistratura italiana dobbiamo dire, che nei dibattimenti penali in cui intervengono i periti, le quistioni si trattano e si esauriscono colla più desiderabile ampiezza, senza che venga frapposto verun ostacolo alla difesa. Se ne vedono esempj nei giornali giudiziarj del Piemonte e del Regno Lombardo-Veneto.

CAPITOLO XXVIII.

Regole da seguirsi nell'assumere le perizie.

Si abbiano presenti le regole qui sotto enumerate:

I. Quanto al diritto di chiamar dei periti, è ovvio che nel processo di inquisizione preliminare spetta all'inquirente; essendo egli incaricato di adoperare ogni mezzo che possa giovare alla scoperta della verità. Ma anche sulla proposta dell'imputato o del suo difensore (*), ogni volta che sembri necessario un giudizio tecnico per la migliore sua discolpa, si sentono i periti; e finalmente li possono citare e sentire anche i giudici decidenti, quando lor sembri necessario per meglio stabilire certi dati.

II. La scelta poi dei periti spetta sempre all'inquirente, tranne il caso ultimo or ora accennato, nel quale i giudici decidenti, reputando necessario di sentir il parere dei periti, scelgono e fan citare essi stessi, quelli che credono (**). Anche quando il difensore propone la chiamata dei periti e designa i nomi di quelli che desidera, la scelta dipende, anche allora, dall'inquirente, poichè la domanda del difensore, così determinata, potrebbe suscitare il sospetto che *quei* periti siano stati proposti pel motivo che l'accusato ne conosca già il voto favorevole a lui. E siccome ogni mezzo di prova dev'essere adoperato in quel modo, che meglio assicuri lo scoprimento del vero, così non è punto necessario che si senta quel determinato perito, dal momento che l'accusato non può avere altro interesse che di far consegnare negli atti un fondato e giusto giudizio tecnico sopra *certi* punti di fatto [1].

(*) Nel sistema austr. e francese, non dandosi all'imputato un difensore durante l'inquisizione preliminare, il caso qui citato dall'Autore non potrebbe avvenire. Tuttavia nel sistema austriaco, potendosi ricorrere al Trib. d'Appello contro il conchiuso d'inquisizione speciale, in quanto però comprende anche la misura dell'arresto (Ord. Imp. 3 mag. 1858), il giureconsulto da cui l'inquisito si facesse assistere nel fare il suo ricorso (per analogia del § 203 Reg.) potrebbe anche proporre una perizia; come la potrebbe proporre eziandio nel ricorso contro un conchiuso d'accusa — A.

(**) E nei casi, in cui il Presidente del dibattimento, facendo uso del suo diritto, fa eseguire una nuova ispezione o perizia, ha altresì egli stesso il diritto di determinare quali periti intende di assumere — A.

1 Tuttavia se non v'ha eccezione contro la persona del perito proposto dal difensore, l'inquirente non vorrà di certo rifiutarlo; ma non gli è tolto poi di sentirne anche degli altri sui medesimi quesiti.

† Nella scelta dei periti è poi da aver presente che non si chiamino come tali coloro che, come testimonj, sarebbero inabili assolutamente o sospetti, p. e., i congiunti dell'accusato o del danneggiato (*a*), e nemmeno coloro che già furono sentiti come testimonj nel processo medesimo (*) †.

III. Qualora lo Stato abbia designato certe persone per alcune specie di ispezioni e giudizj [2], l'inquirente adoprerà queste come periti, in tutti quei casi che loro sono demandati; sia perchè in loro favore sta la presunzione che posseggano le necessarie cognizioni speciali e la necessaria pratica; sia perchè, a dir vero, hanno un certo diritto (per aver, p. e., pagate le tasse d'abilitazione) d'essere adoperate come periti; tuttavia non sarebbe poi giusto di accordar loro quella preferenza che s'accorda ai publici funzionarj [3]. Quando però i periti d'ufficio sono impediti, od avvi pericolo nel ritardo [4], l'inquirente può chiamarne altri [5]; nessuno lo contrasta [6]. Ma anche negli

(*a*) Così ordina il Reg. Austr. al § 80: « Coloro che in un processo penale non possono sentirsi o farsi giurare come testimoni, non possono assumersi in esso nemmeno come periti, sotto pena, in caso diverso, di legale invalidità del loro operato. » — Reg. di Sass., § 175; di Baden, § 89.

(*) Queste parole vanno intese nel senso, che se taluno fu sentito come testimonio *prima* che nascesse il bisogno di una perizia, non possa poi essere chiamato come perito. Ma talora (come già fu notato altrove) la deposizione del perito comprende anche, almeno in parte, una testimonianza; e sebbene la legge non introduca nessuna distinzione, pure in pratica si suole distinguere: se il perito depone di fatti che si connettono con quelli su cui versa la perizia, p. e., sulle parole dette dal ferito *durante la visita medica*, allora si accetta la sua testimonianza, ed egli è perito e testimonio ad un tempo; se invece egli conosce fatti che non si collegano necessariamente colle sue funzioni di perito, p. e., se fosse stato testimonio della rissa, in cui uno fu ucciso, o se avesse udito una confessione stragiudiziale dell'imputato, allora si suole sentirlo come testimonio e non come perito. La ragione di questo si è che i testimonj non possono essere surrogati da altri, mentre i periti lo possono; e che quanto sono minori le facoltà concesse ad un uomo, tanto è minore il pericolo dell'abuso, e maggiore la tranquillità dei cittadini — A.

2 P. e., il medico d'ufficio.

3 E l'opinione di Stübel, § 2494. Tittmann, (*Man.* III, pag. 295) non concede che un perito si consideri come un publico testimonio.

4 Suppongasi che un ferimento sia accaduto sul confine del paese, e che il medico quivi residente possa tosto essere chiamato, laddove il medico d'ufficio abita lontano tre ore. † Vedi il § 79 del Reg. austr. già riferito a pag. 256, nota (*) †.

5 Kitka, *Della constataz. del fatto*, pag. 212.

6 L'Ordin. Crim. pruss., al § 160 permette che, in caso di necessità, in vece del medico ordinario, si chiami un chirurgo militare od un altro medico, da farsi giurare pel caso speciale.

altri casi l'inquirente non può essere privato del suo diritto di scegliere i periti più abili [7], ognorachè quelli designati officialmente non appajano del tutto degni di fede [8]. Inoltre si dovrà scegliere un perito diverso allorquando l'offeso istesso non scelse per la sua cura il medico d'ufficio. Imperocchè sarebbe duro costringere il ferito a servirsi del medico d'ufficio, dal momento che egli ha riposta la sua fiducia in un altro; l'inquirente sceglierà adunque come perito il medico curante, chiamando però ugualmente anche quello d'ufficio, per avere il voto di due (*).

Non di raro accade che venga assunto un perito abitante fuori di Stato [9]; nè vi sarebbe ragione di affermare, come fece taluno [10], che non possa meritar forza di prova, per quello stesso motivo pel quale non è competente a giudicar nello Stato un giudice straniero. Codesta opinione si fonda sull'erronea supposizione, che tra l'azione del giudice e quella del perito esista una analogia [11]; ma il giu-

7 Quando, p. e., il medico d'ufficio è parente dell'ucciso o dell'imputato.

8 Dice a ragione Tittman (Man. III, pag. 304), che la differenza di religione del perito non può avere alcuna influenza. Un medico israelita potrebb'essere un valentissimo perito, quantunque non potesse, per la sua religione, essere nominato stabilmente medico giudiziale.

(*) Secondo il Reg. austr., (§ 88), e secondo la Ordin. Min. 28 gennajo 1855, sulle sezioni cadaveriche (§ 7), il medico o chirurgo che avesse curato il defunto nella malattia che fosse precedeuta alla morte, dev'essere invitato ad *assistere* alla visita, e sentito sulle precedenti circostanze, quando ciò non importi ritardo. Nei casi più importanti, si chiede da lui una storia della malattia. « Nondimeno, dice la citata Ordinanza, *per l'imparzialità del giudizio,* non si farà intraprendere la visita dal medico curante del defunto, ove ciò sia possibile. » Come scorgesi, il motivo è di cautela, poichè il medico curante, il quale ha qualificata la malattia in un dato modo, e l'ha curata come tale, non vorrà facilmente indursi a proclamare un suo errore, quando dalla visita e sezione ne nascesse il dubbio, ma vorrà piuttosto giustificare il suo operato; laddove i medici che non curarono il defunto sono del tutto indipendenti. Questo motivo di cautela, è ovvio che sussiste anche nei casi di ispezione di ferite, e perciò il giudice agirà prudentemente e secondo lo spirito della legge, facendo intervenire il medico o chirurgo curante come semplice assistente, per istruire i periti sui dati importanti. Sarà anzi cauto allontanarlo prima che i periti proferiscano il loro giudizio, poichè se questo dovesse risolversi in un biasimo del curante, la sua presenza potrebbe rendere meno liberi i periti nel dare il loro voto — A.

9 Può darsi, p. e., che il ferito si trovi a un quarto d'ora da una città straniera, o che invece il medico dello Stato a cui appartiene il ferito stia molto lontano. Perchè non si potrà assumere un medico di quella città?

10 Boehmer, *Ad Carpzov.*, pag. 55. — Tittmann, *Man.* III P, p. 296, nota *r*.

11 Grolmann, *Grunds.*, (Principj) § 477, nota *d*.

dice ha la facoltà di agire e di decidere entro quei limiti nei quali la legge gli dà la giurisdizione; laddove se noi crediamo ai periti, gli è perchè teniam conto delle loro cognizioni tecniche e della loro abilità, cose sulle quali non influiscono, al certo, i confini dello Stato [12].

IV. L'inquirente poi dee sopratutto procurare di aver sempre tali periti che, e per le loro cognizioni teoriche e per la loro pratica, appariscano idonei, meglio d'ogni altro, ad eseguire l'ispezione nel debito modo, e a dare un maturo e saggio giudizio. Nei casi d'avvelenamento, sarebbe pericoloso chiamare soltanto il medico, non potendosi sempre richiedere che egli possegga la necessaria pratica e gli utensili e i preparati necessarj per eseguire quei processi chimici, spesse volte difficili, che tanto gio-

12 Agirà prudentemente il giudice, non omettendo di far giurare i periti stranieri, quand'anche avessero già prestato un giuramento d'ufficio nel loro Stato (*).

(*) Il dubbio qui proposto dall'Autore, se in qualche caso il giudice possa valersi di un perito straniero, è in termini assai più ristretti di quanto possa parere a prima giunta; e l'esempio istesso che fu addotto, fa comprendere che si allude ad un caso di necessità, in cui non sia possibile di chiamare il perito dello Stato e sia invece indispensabile, per l'urgenza del bisogno, domandarne uno straniero più vicino. Così pure non è compreso nella ipotesi il caso, in cui gli atti processuali fossero stati assunti in estero Stato (dove, p. e., il ferito riparò e dove fu sentito da quel giudice ed anche sottoposto a ispezione giudiziale e perizia medica); giacchè in questo caso il giudice estero agì precisamente nei limiti della sua giurisdizione, assumendo la perizia coi periti del suo Stato. La quistione però sarebbe assai più ardua ove venisse proposta in termini più generali: Se, cioè, il Tribunale possa valersi, a suo arbitrio, di un perito straniero, e (per analogia) se possa interpellare una facoltà d'università straniera. Sembra che anche il ch. Autore inclini all' opinione negativa, appunto per la forma eccezionale con cui addusse l'esempio della chiamata d'un perito straniero per l'impossibilità di chiamarne uno nazionale. Così pensano anche altri scrittori, e così sembra doversi interpretare il Reg. austr. dove parla di periti e di Università (§ 85); primamente, perchè lo Stato dee supporre che le sue instituzioni bastino a ogni bisogno della publica Amministrazione, senz'uopo di ricorrere agli stranieri, e nelle sue leggi allude di certo a quelle; e in secondo luogo perchè non si sarebbe ommesso di esporre le norme colle quali un tribunale nazionale possa citare e sentire un perito straniero, od interpellare le facoltà di una Università straniera; regolando le condizioni per le quali questi atti otterrebbero forza di prova entro lo Stato. Al difensore, all'incontro, assai più libero del giudice, non può essere vietato, di procurarsi anche dall'estero e dalle facoltà delle più celebri Università straniere, la soluzione dei quesiti che influiscono nella procedura; ma questi atti non avrebbero per il giudice la forza di una perizia giudiziale, sibbene quella di una autorità scientifica, non diversa da quella di un'opera d'illustre scrittore; servirebbero insomma di istruzione pel giudice (§ 260); ma non formerebbero mai una prova. E per quanto ci consta, anche le nostre Università non furono mai interpellate dalle autorità giudiziarie straniere, ma più volte dai privati — A.

vano per scoprire i veleni [13]; e però si chiamerà un farmacista approvato od un chimico. † E molto opportunamente fu data in qualche Stato l'istruzione, che per le indagini tecniche in casi di veneficio, i giudici inquirenti si debbano rivolgere a certi chimici publicamente designati, perchè facciano le operazioni occorrenti e diano il loro parere. Le attuali condizioni della chimica, infatti, son tali che le più esatte e profittevoli indagini non possono omai aspettarsi se non da chi ne fa una professione, dedicandosi intieramente a questa sorta di studi, ed è fornito di molta pratica, e possiede le opportune località, e gli strumenti ed i materiali necessarj (*a*). † — Parimente quando, per sospetto d'infanticidio, dev'essere ispezionata una donna, gioverà considerare che il medico giudiziale non è, di solito, anche un esperto ostetricante, e che cotali indagini ingannano facilmente chi non è della professione; laonde si farà intervenire un ostetricante che abbia fatti questi studi speciali, e che sia assai pratico [14]. Nei casi urgenti poi si potrebbe anche accontentarsi di levatrici [15], ma sarà bene di farle assistere da un medico [16].

V. È libero all'accusato di fare quelle eccezioni che crede alla persona del perito, e di dimostrare (qualora ne abbia i mezzi) che questi non ha le cognizioni nè la pratica necessaria [17], o che è dubbia la sua parzialità, adducendo, insomma, tali titoli pei quali il perito apparisce od incapace o sospetto [18]. Tuttavia sarebbe troppo generale la massima di non ammettere alla sezione del cadavere il me-

13 Anche l'ordin. Pruss., § 167 sembra intendere che in casi importanti il medico consegni ai chimici le sostanze da esaminarsi. Mekel, *Lehrb. der gerichtl. Medizin.* (Tratt. di med. leg.), pag. 47.

(*a*) Vedi il già citato § 91 del Reg. austr., indi la memoria di Mittermaier nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 730 e 1857, pag. 147.

14 Ordin. Crim. pruss., § 145.

15 Mekel, op. cit., § 55. Tuttavia il cod. bav., (art. 80) richiede il medico giudiziale *oppure* levatrici giurate.

16 Ord. Crim. pruss., § 146. † Per regola poi si eviterà di chiamare una levatrice, quando possa aversi un vero ostetricante; Schletter, Ann. di giurisprud. crim. XXXI, fasc. 3 †.

17 P. e., riportando casi nei quali il perito avesse commesso già dei grossi errori.

18 P. e., se il perito è stretto congiunto dell'offeso, o nemico dell'accusato. † Giusta il Reg. di proc. pen. di Sassonia (§ 175), si devono comunicare all' imputato i nomi dei periti da citarsi (tranne il caso di pericolo nel ritardo), affinchè egli vi faccia le sue eccezioni. — Schwarze, Comment. I, pag. 261. †

dico, che assistè il defunto nella sua ultima malattia [19], per il timore che non voglia confessare gli errori da lui forse commessi nella cura, o che, essendo preoccupato, non sappia riconoscere le circostanze influenti per la sezione, o finalmente che, anche sapendole, non le voglia ammettere [20]. Bisogna, per lo meno, restringere questa esclusione a quel medico o chirurgo che fece propriamente una cura, ed al caso in cui, essendo derivata la morte da un complesso di circostanze, complicate insieme con una lesione, per sè stessa non mortale, sorgono dei dubbj sulla qualità della cura; ma non è poi giusto d'escludere anche quel medico che fu chiamato negli ultimi momenti, poco prima della morte, e non fece una cura, propriamente detta [21]; oppure di escludere il medico curante anche quando si tratta di una ferita, la cui letalità è al certo indipendente da cause concomitanti o sopravvenute [22]. D'altra parte è poi inopportuno l'escludere *affatto* dalla sezione il medico curante, potendo egli spesse volte informare o richiamar l'attenzione dei periti sui punti importanti; ed al più si può in simili casi chiamare anche un altro medico [23], il quale eseguisca l'ispezione e sezione, e dia il suo parere insieme col medico curante [24].

VI. Quanto al numero dei periti da farsi intervenire, la pratica giudiziaria non è uniforme. Procedendo per analogia della prova testimoniale, secondo la quale la concordanza di più persone dà una maggiore guarentigia di verità, poichè le deposizioni degli uni si controllano e si sostengono con quelle degli altri, si dee porre la regola che occorrono due periti. Suolsi bensì in pratica far intervenire alle sezioni ed ispezioni mediche un solo medico d'uf-

19 Kleinschrod, nel vecchio Arch. del Dir. Crim., vol. V, fasc. 3, p. 29. Kitka, *Della constatazione del fatto*, pag. 213.

20 Cod. Bav., art. 243. Istruz. austr. del 1814, § 12. (Vedi più sopra la nota (*) a pag. 246 — A).

21 P. e., se tutta la cura del medico, chiamato mezz'ora prima della morte del ferito, consistette nell'ordinargli dei bagni freddi. (La legge austr. non fa eccezione alcuna; e infatti, non potrebbero essere stati quei bagni freddi, la causa, per l'appunto, che rese disperata la guarigione? — A).

22 Meister, *De medico vulneratum curante a sectione non excludendo*. Helmst. 1749. — Geinsl, *medizin. Bemerkungen über das baier. Strafges.* (Osservazioni mediche sul Cod. Bav.), pag. 101.

23 Tittmann, Man. III, pag. 304.

24 Come prescrive giustamente il progetto annov., § 175. (La legge austr. ha poi perfezionata la prescrizione, come fu riferito nella citata nota (*) a pag. 246 — A).

ficio [25]; ma siccome suolsi anche [26] chiamare alla sezione, oltre il medico, anche un chirurgo [27], perchè adempia alla parte meccanica della operazione, si vede che vuolsi l'ispezione di due periti; poichè anche il chirurgo dev' essere considerato per lo meno come un testimonio dell' ispezione che si fa. Potrebbe dirsi, tutto al più, che basta il *parere* di un medico *d' ufficio;* ma il giudice non ometterà mai di procurarsi anche quello di un secondo perito [28].

VII. È importante a decidersi, se chi è citato come perito per fare una ispezione tecnica, o per dare un giudizio, sia in obbligo di prestarsi all' incarico giudiziale. Si distingua se è nominato perito dallo Stato per quella specie di oggetti, sui quali si richiede il suo giudizio, o se non lo è [29]. Nel primo caso egli non può rifiutarsi di obbedire all'incarico, avendone già previamente assunto l'obbligo, in generale, all'atto della sua nomina; e soltanto si potrebbe far eccezione nel caso che l'ispezione demandatagli fosse di tal natura da potergli cagionare un pericolo per la vita o per la salute, come sarebbe, nelle sezioni di cadaveri già putrefatti [30]. Nondimeno anche su questo riguardo le esperienze di questi ultimi tempi [31] hanno dimostrato pienamente, potersi, con certe cautele, fare anche le sezioni dei cadaveri già putrefatti, senza alcun danno; laonde il

25 Anche l'art. 149 della C. C. C. vuole che intervengano *uno* o più periti. Ma non è da prendersi come una guida certa riguardo alle sezioni cadaveriche, perchè parla soltanto delle ispezioni di ferite.

26 Tittmann, Man. III, pag. 303.

27 L'Ordin. Crim. prussiana vuole, al § 148, l'intervento di un medico e di un chirurgo. Il cod. Bav. agli art. 236 e 243 distingue se fu chiamato il medico d'ufficio od un altro; se il medico d'ufficio, non ne richiede altri. † Secondo il Reg. austr. poi, al § 78, si devono far intervenire due periti di regola; ma essendovi pericolo nel ritardo, o trattandosi di un caso di poca importanza, basta anche uno solo †.

28 Kitka, pag. 220 — Heffter, Man. di Dir. Crim. Halla 1833, p. 615. (Queste disposizioni del diritto germanico, o piuttosto queste pratiche forensi, non possono avere per noi alcun interesse, dacchè il Reg. austr. ha stabilito espressamente che nei casi importanti si devono far intervenire due periti. In particolare l'ordin. Min. sulle sez. dei cadav. ordina, nel § 5, che alle ispezioni e sezioni intervengano *due membri del personale sanitario,* come periti. — Gli scrittori italiani hanno sempre proclamata la massima essere necessarj due periti giurati. Vedi Brugnòli, op. cit., § 141 — A).

29 *Proc. pen. ted.*, P. I, pag. 378.

30 Henke, *Tratt. di Med. leg.* e nel Giorn. di scienza med. 1824, fasc. 1, pag. 13.

31 Mende, *Man. di Med. leg.*, P. V, pag. 257.

perito può pretendere solamente che codeste cautele vengano davvero adoperate (*). Se poi chi è citato non era eletto dallo Stato all' ufficio di perito, non può essere costretto a prestarsi; nè giova invocare una pretesa analogia tra il dovere di fare testimonianza e quello di prestarsi come perito [32]; poichè siffatta analogia non esiste punto, non potendosi sostituire a piacimento un testimonio qualunque a quello che ha cose importanti da deporre, e potendosi invece eleggere un perito in luogo d'un altro. Inoltre per dare un giudizio tecnico son necessarj al perito tempo e fatica, che, al contrario, sono inutili per il testimonio, il quale non ha che a narrare ciò che ha fatto o veduto. † Questa nostra opinione è altresì quella adottata nella legislazione germanica (*a*); la francese, all' incontro non fa alcuna distinzione, sicchè poi ne resta divisa anche la pratica dei tribunali (*b*) †.

VIII. Egli è necessario che i periti siano fatti giurare [33], perocchè il giuramento dà una maggior guarentigia,

(*) L'Ordin. Min. austr. 28 genn. 1855 dispone, in proposito, quanto segue, al § 37: « Se si dovesse intraprendere l'ispezione di un cadavere già seppellito e putrefatto in grado considerevole, onde diminuire l'incomodo ai membri della commissione, converrà aprire la sepoltura alcune ore prima di levarnelo, indi si estrarrà la cassa, e levatone via il coperchio, la si esporrà per qualche tempo all'aria libera, e potendo farlo senza danno dell'ispezione si praticheranno punture all'addome ed al torace, onde aprire un' uscita ai gas raccolti in queste cavità. Dispersi in gran parte tali gas, si verserà sopra il cadavere una soluzione di cloruro di calce, ed estratto dalla cassa, lo si farà porre al posto destinato, il quale parimente dovrà essere bagnato colla soluzione di cloro; si leveranno via gli abiti nel modo più opportuno, indi s'intraprenderà l'esame esterno e la sezione del cadavere, versandovi sopra ripetutamente dell'acqua clorata. »

32 Argomento addotto da Kitka l. c., pag. 212. Vedasi anche la memoria (benchè relativa al processo civile) di Martin ne' suoi annali di legislaz. Sassone, anno I, fasc. 2.°, pag. 179.

(*a*) Cod. di Sass., art. 175. V. la mia memoria nella *Gerichtssaal* 1854, II, pag. 1. — Schwarze, Annali IX, pag. 57. — Il Reg. austr. all'opposto al § 79 dispone che, « non prestandosi un perito alla fattagli citazione, o ricusando di dare il suo parere, egli soggiace alle multe stabilite nei §§ 118 e 250. » I quali due paragrafi parlano anche dei testimonj, anzi il primo parla soltanto di essi, in forza appunto d'una analogia che la legge riconosce tra testimonj e periti, per quel che concerne il debito di cittadino di coadjuvare la giustizia. Il qual principio trovasi chiaramente espresso nel § 25 del Reg. colle parole: « Ognuno è obbligato a comparire, dietro fattagli citazione, avanti al giudizio penale, di rispondere alle fattegli domande, e di ubbidire a' suoi ordini » — A.

(*b*) Helie l. c., vol. V, pag. 159 propone di punire i periti contumaci. Bonnier, *Traité*, pag. 35 introduce delle distinzioni.

33 Art. 149 C. C. C. — Kleinschrod nel vecchio Arch. del Dir. Crim., vol. V, pag. 19. — Tittmann III, pag. 297.

che essi eseguiranno coscienziosamente l'ispezione e manifesteranno lealmente ciò che avranno osservato; e che inoltre risponderanno, secondo la migliore loro scienza, e giusta i risultamenti delle più diligenti indagini, ai quesiti che loro verranno proposti. Ben è vero che in molti casi, e particolarmente nelle più difficili quistioni mediche, il giuramento dei periti è un giuramento *di opinione* [34]; ma non per questo potrebbe dirsi che fosse un atto superfluo; poichè il perito coscienzioso [35] separa sempre con tutta la cura quella parte in cui egli ha solamente una *opinione*, dal vero *giudizio*, nel quale asserisce ciò di cui si è convinto e per i dettati della scienza e per le più scrupolose indagini da lui fatte, onde scoprire il vero (*). D'altra parte quando il perito manifesta ciò che ha rilevato nelle sue ricerche, non espone già quello che egli *crede*, ma quello che egli *sa;* quello, cioè, che, per ciò stesso, può ed anzi deve manifestare. Quanto ai periti stabili, che hanno già prestato giuramento all'atto della loro nomina, non è necessario che ne prestino uno nuovo, ma si dovrà solamente richiamare alla loro memoria quel primo [36]. Se poi viene assunto un nuovo perito, basterà

34 Come dice Stübel, *Vom Thatbest.* (Della essenza di fatto), § 534.

35 † Il Reg. di Proc. pen. di Sassonia prescrive la formola: Giuro di voler dare il giudizio richiesto sulla cosa sottoposta ad esame, secondo la mia migliore scienza e coscienza † (Questa nota è sostituita ad altra del testo. La formola del Reg. austr. fu già riferita più sopra a p. 250 — A).

(*) L' ord. min. austr. sulle sez. cadav. dice al § 24: « Siccome in qualunque rilievo giudiziale lo scopo dev' essere sempre quello di scoprire la verità, così anche nel parere sopra una visita di cadavere intrapresa giudizialmente, si dovranno distinguere esattamente le cose che si possono decidere con certezza per ragioni fisico-mediche. Nei casi, perciò, che sono dubbi al medico stesso, e che, in mancanza di circostanze rischiaranti, rimangono tali, egli sarà in dovere di dichiarare francamente di non essere in grado di pronunziare un deciso giudizio; e quindi, secondo lo stato delle cose, egli dovrà dare un parere certo soltanto in parte, ovvero affatto dubbio, se non è altrimenti possibile ». Tra le perizie, quella che, forse più di tutte, si fonda sulle semplici presunzioni, anzichè sui precetti rigorosi della scienza, è la perizia calligrafica, di cui verrà occasione di parlare in altro luogo — A.

36 Tittmann, Man. III, pag. 305. — Cod. Bav., § 230. Code d'instruct. art. 44. (Reg. austr., § 81: « Ai periti che per causa di un loro stabile impiego hanno di già prestato il giuramento in generale, il giudice inquirente rammenterà, prima di dar principio all'atto d'ufficio, la santità del giuramento da loro prestato. » Tali sarebbero, p. e., i periti stimatori della Zecca. Non ogni giuramento d'ufficio, però, può equivalere a quello di perito; così un Professore di chimica, che ha giurato i suoi doveri di professore e di publico impiegato, dovrebbe, ove fosse chiamato qual perito, prestare di nuovo il giuramento colla formola stabilita dal Reg. di proc. — A).

anche il giuramento posteriore con cui conferma la sua deposizione [37].

IX. Si domanda se l'ispezione dei periti debba necessariamente farsi in presenza della commissione giudiziale. Si distingua [38]: Se l'ispezione dei periti forma parte dell'ispezione oculare giudiziale; se, cioè, il giudice fa certe osservazioni nel tempo istesso in cui il perito ne fa certe altre [39], in guisa che lo scopo dell'ispezione possa essere conseguito unicamente per il concorso di ambidue; o se, al contrario, non agiscono di conserva, e il perito pronunzia il suo giudizio sopra oggetti che vengono appositamente a lui consegnati [40].

Nel primo caso l'esame della cosa da peritarsi si fa in presenza del giudice [41], importando assai che la cosa resti intatta, ciò che si ottiene quando il giudice ed i periti facciano unitamente le loro osservazioni, e potendo altresì spesse volte il giudice, meglio di chiunque altro, designare i punti sui quali è necessaria l'osservazione dei periti per lo scopo del processo [42]. Tuttavia questi argomenti dimostrano soltanto che, per lo più, la presenza del giudice è *conveniente;* ma non provano che sia *necessaria* per lo scoprimento della verità; non potendosi dubitare [43] che il parere dei periti, anche se l'esame della cosa non avvenne in presenza del giudice, sia ugualmente provante, purchè essi abbiano prestato il giuramento nelle debite forme, e siano stati sentiti intorno all'eseguita ispezione.

37 Per gli stessi motivi pei quali è sufficiente il giuramento posteriore anche dei testimonj. (Il Reg. austr., per altro, vuole espressamente che i periti giurino *prima* (§ 81), e siccome la prestazione del giuramento è un atto brevissimo che richiede formalità assai semplici, così il giudice non sarà mai nella necessità di aspettare che la perizia sia terminata — A).

38 La più parte delle nuove leggi han generalizzato troppo; p. e., il cod. bav., art. 255. Assai meglio stabilisce il progetto annov. art. 171: « Quando la legge non prescriva espressamente la presenza del giudice, spetterà a quest'ultimo il decidere se la sua presenza sia o no necessaria nella ispezione che fa il perito ».

39 P. e., nella sezione dei cadaveri.

40 P. e., per giudicare dell'esistenza del veleno o per riconoscere se una moneta è falsa.

41 Art. 149 C. C. C. — Conradi, *De inspectione cadaveris occisi a solis medicis vitiosa.* Helmst 1758. — Quistorp, *Grunds.* (Princ.), § 603. — Steiner, nel vecchio Arch. del Dir. Crim., vol. VI, fasc. 4, pag. 64.

42 Ordin. Crim. pruss., § 162. — Cod. Bav., art. 255 — Henke, Abh. *aus d. ger. Medizin* (memorie di Med. leg.), III, pag. 165.

43 Basta pensare che spesso gli inquirenti, per nausea all'aspetto del cadavere, se ne tengono lontani durante la sezione, e dettano il protocollo solamente quando è finita!

Nel secondo caso, sopra accennato, la presenza del giudice non è necessaria [44], e gli oggetti vengono consegnati o spediti al perito. Trattasi, infatti, benespesso della necessità di lunghe osservazioni tecniche, p. e., di esperienze chimiche [45]; oppure, al contrario, di una semplice ispezione esterna, allo scopo di riconoscere i caratteri distintivi d'una cosa, onde poter decidere la quistione proposta; laonde il giudice, se intervenisse, sarebbe semplice spettatore, muto e indifferente. In tutti quei casi poi, in cui i periti, ai quali fu richiesto solamente di dare un giudizio, risiedono in luogo lontano dal Tribunale; oppure in cui l'ispezione dee farsi sul corpo di una persona, e dietro certi principj scientifici [46], la presenza del giudice tornerebbe affatto inutile [47].

† Fu notato in altro luogo, che tra la legislazione francese e le tedesche, si vede una differenza anche su questo argomento. La francese non prescrive punto al giudice di star presente alle operazioni dei periti; ma la pratica riconosce che lo può fare, e che anzi in molti casi è cosa assai conveniente (*a*). Le legislazioni tedesche, all'incontro (*b*), inclinano a richiedere come necessaria la presenza del giudice, ammettendo nondimeno che possa farsi eccezione per motivi di decenza, o quando son necessarie prolungate ispezioni ed esperienze (*c*) †.

X. Sia poi necessaria o no, la presenza del giudice, alla visita che fanno i periti, è però sempre di somma importanza che il giudice stabilisca i punti sui quali desidera il loro giudizio, e proponga chiaramente i quesiti che devon essere risolti [48]. Il parere dei periti è infatti null'altro che un mezzo di cui si munisce il giudice per raggiungere i suoi scopi; e però egli solo, come direttore del processo, è in grado di decidere di che cosa egli abbia

44 Kitka, *Della constataz. del fatto*, pag. 214. — *Proc. pen. ted.*, § 86.
45 Henke, mem. cit. III, p. 156. — Tittmann III, pag. 522.
46 Quando si visitano le parti genitali di una donna per verificare se ha partorito.
47 Cod. bav., art. 80.
(*a*) Helie, vol. V, p. 663.
(*b*) Reg. Austr. § 82, già riferito a pag. 246. — Reg. di Baden, § 92; di Sassonia § 177.
(*c*) P. e., nei casi di veneficio. Mittermaier nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 734.
48 Ordin. crim. pruss., § 169, 175. Cod. bav., § 239. — Regolamento austr., § 83.

bisogno. I quesiti poi devon essere concepiti in modo nè così limitato, da costringere i periti a dare una risposta insufficiente, sicchè poi si rendano necessarie nuove domande con ritardo della procedura; nè così ampio ed indeterminato, da indurre i periti a dare risposte ugualmente vaghe e imprecise.[49] † Anzi i codici tedeschi determinano in molti casi certe domande alle quali i periti sono tenuti di rispondere, quando si tratta di certi reati, p. e., di omicidio (*a*); ma il giudice dee avere per massima che codeste domande non sono immutabili; e che egli deve accomodarle al caso concreto (*b*) †.

XI. I periti hanno la facoltà di chiedere che l'inquirente comunichi loro tutti quei materiali che sono indispensabili per poter dare un ragionato giudizio; p. e., che sopra certi punti di fatto, che importa di conoscere, siano sentiti altri testimonj [50]; ed anzi non si potrebbero rifiutar loro nemmeno gli atti dell'inquisizione da ispezionare [51]. Accade bensì talora che i periti, trovandosi imbarazzati a pronunziare il loro parere (p. e., sulle cause della morte), in luogo di dichiarare francamente che non possono o non sanno dare una risposta precisa, o in luogo di limitarsi ad indicare dei motivi di probabilità; ricorrono piuttosto alle deposizioni dei testimonj o degli accusati, già registrate negli atti, e su di esse fondano il

49 Ciò importa sommamente, non solo nei casi di malattia dello spirito, ma anche nei casi d'omicidio; giacchè una espressione indeterminata può essere facilmente pericolosa, come quando si fa la domanda generica, se la ferita sia mortale.

(*a*) Mittermaier. *Della constat. del corpo del delitto*, ecc., p. 26. — Reg. austr. § 89, e di Baden § 101 e 105. Quanto alle quistioni da proporsi nei casi di avvelenamento, vedasi la memoria dell'Autore, nell'Arch. di Goltdammer VI, p. 758. (Il qui citato § 89 Reg. austr., si troverà riferito nel seguente capitolo — A).

(*b*) Cod. sass., § 193.

50 Il che può importare assai, p. e., nei casi di avvelenamento; perchè le persone che avvicinarono l'ammalato, potrebbero informare se vi furono, o no, certi segni distintivi. Kitka, *Della constataz. del fatto*, pag. 223.

51 Su di ciò vedi Keusch, *Ueber die neuen Theorieen des Crim. und gerichtl. medizin* (Delle nuove teorie di dir. crim. e di medic. leg.), p. 252. — Mende, Man. I, p. 359. — Henke, Giorn. di med. leg. 1824, fasc. 3, n.° 6. — E il Reg. austr., al § 83: « I periti possono chiedere, che, sopra punti da indicarsi da essi con precisione, sieno loro somministrati, colla scorta degli atti, o mediante esame di testimonj, quegli schiarimenti che reputano necessarj a dare il loro parere. Nei casi in cui i periti ritengono che per dare un fondato parere sia loro indispensabile d'ispezionare essi medesimi gli atti processuali, anche questi potranno essere loro comunicati, semprechè non si presentino speciali difficoltà in contrario ».

loro giudizio, anzichè attingerlo dalle tracce risultanti dall'ispezione cadaverica. Da ciò deriva però soltanto l'obbligo dell'inquirente di andar cauto [52], essendo assai meglio che il perito indichi prima quei punti, sui quali ritiene necessaria una maggiore dilucidazione (*); e allora l'inquirente gli comunicherà il sunto di quegli atti che vi si riferiscono [53]. Tuttavia è facile a comprendersi che per valutare giustamente questi punti, il perito ha bisogno di conoscere una lunga serie di deposizioni; e che, per conseguenza, il solo estratto di esse, preparato dall'inquirente, potrebbe produrre facilmente il pericolo di comunicare ai periti de' materiali incompiuti. Noi pertanto crediamo che sia necessario di dar loro, per intiero, quegli atti che si riferiscono ai punti in quistione. Quanto poi alle Facoltà mediche, richieste del loro giudizio sul parere proferito dai primi periti giudiziali, i tribunali sogliono sempre spedir loro gli atti tutti del processo. — S'intende poi da sè che i periti han diritto di chiedere anche tutti quegli effetti, p. e., stromenti, la cui ispezione fosse loro necessaria, onde poter dare una giusta soluzione ai proposti quesiti.

† Del resto, circa la latitudine di questi diritti dei periti, domina ancora, tanto nella pratica, quanto nelle opere scientifiche, molta incertezza d'opinioni (*a*). La migliore, però, adottata altresì dalle leggi (*b*), può considerarsi quella di comunicare ai periti, sopra loro domanda, tutti i mezzi che giovano per poter dare un ragionato parere, semprechè essi indichino i punti sui quali hanno bisogno di schiarimenti; rimesso poi al Tribunale di comunicar loro gli atti occorrenti, od anche tutti, se ciò sembri indispensabile. Si è detto, più sopra, che i periti possono domandare inoltre, che sopra certi punti siano sentiti anche de' testimonj. È conveniente che anche in questo caso indichino i punti sui quali i testimonj han da essere

52 Horn, *Archiv. für mediz. Erfahrung* (Arch. di pratica medica) 1825, fasc. di marzo, pag. 278. — *Proc. pen ted.*, § 86.

(*) Di qui si vede con quanta previdenza fu compilato il § 85 del Reg. austr. or ora riferito — A.

53 Kitka, l. c., pag. 222.

(*a*) Mittermaier, nell'Arch. di Goltdammer V, pag. 124. — Schürmayer, *Gerichtl. Medizin* (med. leg.), pag. 49. — Kramer, *Med. leg.*, pag. 67.

(*b*) Reg. austr., § 83 (qui sopra riportato), di Bad. § 94; d'Annov. § 99; di Sass.; § 179.

interrogati, affinchè il giudice sappia regolarsi (*a*); ed anzi è giusto che i periti stessi abbiano la facoltà di far loro le domande che credessero necessarie (*b*) †.

XII. Se la perizia si fa in presenza del giudice, come avviene nelle sezioni cadaveriche, è necessario che i periti facciano registrare immediamente, nel protocollo, il risultato delle loro osservazioni [54], stendendo quest'atto col concorso del giudice, sul luogo stesso, poichè là soltanto si può far tosto una rettificazione, qualora ve n'abbia bisogno. Non è bene, all'incontro, obbligare i periti a dar subito a protocollo il loro giudizio; poichè, sebbene ciò si possa fare nei casi più semplici, in cui non è necessario uno speciale studio scientifico per rispondere ai quesiti [55]; negli altri casi, invece, in cui si richiede uno studio profondo, ed un diligente raffronto coi precetti della scienza, il voler costringere i periti a manifestar subito il loro parere, sarebbe un dar luogo a giudizj precipitati e necessariamente malsicuri; laonde è assai meglio il far loro produrre un parere in iscritto [56]. Qualora siano stati assunti più periti basta nondimeno che il parere sia sottoscritto da uno solo di essi; poichè qui non varrebbe l'argomento che le testimonianze van firmate da ogni singolo testimonio; mentre la redazione comune di un parere, basta a dimostrare che i periti, in seguito alla discussione del caso, si erano messi d'accordo in un medesimo voto [57].

(*a*) P. e., circa i fenomeni che accompagnarono una malattia cagionata da avvelenamento; vedi la cit. mem. dell'Autore nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 742.

(*b*) *Condiz. dei periti*, pag. 52.

54 Eppure molti medici han per costume di notare sul portafogli le prime osservazioni, e di stendere più tardi un formale protocollo. Egli è facile vedere che da ciò si può essere tratti a commetter degli errori, poichè può darsi che il medico supplisca colla sua fantasia a taluni punti mancanti. Vedi Kitka, pag. 227, nota. — L'ordin. Min. austr. sulle sez. cadav. al § 14 dispone: « Durante ogni visita giudiziale di cadaveri dee tenersi, *di pari passo colla medesima*, un circostanziato protocollo, » ecc. Nei §§ successivi è indicata la forma esterna che deve avere.

55 P. e., quando un fabbro-ferrajo od un armajuolo vengono interrogati sulla qualità di un'arma da fuoco.

56 Kleinschrod, vecchio Arch. V, pag. 26 — Tittmann, *Man.* III, p. 325. — Mekel, *Tratt. di Med. leg.*, pag. 53. — Ordin. Min. austr., § 17: « Il parere può essere dato tosto a protocollo....; oppure, *particolarmente in casi difficili*, i periti possono stenderlo in iscritto e presentarlo più tardi, al qual uopo si prefiggerà loro un congruo termine. » E così il § 84 del Reg. di proc. pen.

57 Nel caso, però, che un perito volesse dare un voto diverso, dee sempre essere allegato nel processo. † La più volte citata Ordin. Min.

XIII. Quando si assume una ispezione, p. e., una sezione cadaverica, bisogna allontanare gli spettatori oziosi [58], poichè altrimenti le loro ciarle potrebbero far sorgere nel publico falsi romori, e per di più far giungere notizia dell'esito di essa a persone che ne trarrebbero profitto. E infatti, chi volesse, anche senza aver nulla veduto da sè, fare una falsa confessione od una falsa testimonianza, potrebbe circondarla colle apparenze della verità [59].

XIV. Il giudice inquirente, per ultimo, essendo il direttore del processo [60], ha sempre il dovere di esaminare se e come il parere dei periti corrisponda allo scopo per il quale era stato richiesto, che è la emanazione della sentenza; poichè egli è in dovere di presentarne i materiali necessarj ai giudici che han da decidere. Non si tratta già di assoggettare il parere dei periti ad un esame scientifico, come se fosse una verità assoluta, nè di arrogarsi una specie di *superarbitrio;* ma soltanto di vedere se ciò che i periti hanno dichiarato, corrisponda a quello che nel processo si ha bisogno di sapere [61]. L'inquirente adunque esaminerà i seguenti punti: *a*) qual sia la forma e quale il fondamento del parere; *b*) se si accordi colle verificazioni già raccolte in processo; *c*) se si accordi con altre indagini, di cui l'inquirente non può ignorare il risultato; *d*) se sia completo [62]. Ogni volta, pertanto, che sotto questi rispetti il parere dei periti apparisce insuffi-

austr. dà buone norme per la redazione del parere peritale, nei §§ 15-27. Vedi anche Reg. di Sass., § 180 — Schümbayer, *Med. leg.*, pag. 37. — Gandolfi, *Fondam. della med. forense*, I, pag. 83. Il Freschi poi nella sua *Med. leg.*, offre de' modelli †. E così anche il Barzellotti ed altri. Ma intorno alle firme dei periti da apporsi al parere, si noti che l'Ordin. Min. austr. vuole espressamente che *tutti* i periti siano sottoscritti ed al protocollo d'ispezione ed al rapporto contenente il parere in iscritto, §§ 16 e 25; e ciò anche nel caso che i periti fossero unanimi nel giudizio proferito. Se poi, dice il § 19, i periti sono di opinione diversa, ciascuno consegnerà dal canto suo un parere debitamente motivato all'Autorità giudiziaria, o lo scriverà in aggiunta alla fine del protocollo. » —A.

58 Kitka, l. c., pag. 230. Ordin. Min. austr., § 10.

59 Così taluno, essendo stato forse presente alla sezione, potrebbe dichiararsi autore dell'omicidio e descrivere persino le ferite, gli stromenti, ecc., e per tal modo riuscirebbe a ingannare in guisa da non potersi supporre che la sua confessione sia falsa.

60 Kleinschrod, Arch. V, pag. 31. — Tittmann, *Man.* III, pag. 529.

61 Qualora si considerino i periti come ausiliarj del giudice, egli è ancor più ragionevole e naturale questo ufficio del giudice, poichè a lui spetterebbe di controllare i suoi ausiliarj, e di determinare ciò che da loro intende di avere.

62 *Proc. pen. ted.*, § 86 in fine.

ciente, il giudice dee far sì che siano tolti i dubbj e che il parere sodisfaccia al bisogno. Laonde se non è accompagnato da motivi [63]: se è concepito in modo indeterminato od oscuro [64]: se non vi appariscono presi in considerazione alcuni fatti essenziali, che pur emergevano dagli atti [65]: se contradice alle più recenti scoperte della scienza [66]: o se non risolve taluni quesiti importanti; in tutti questi e somiglianti casi, il giudice inquirente proporrà i suoi dubbj e le nuove domande da prima ai medesimi periti; indi, se questo nuovo esperimento non conduce alla meta, o se l'inquirente si convince che i periti osservano la cosa con mente preoccupata da idee fisse, ne chiamerà degli altri e ripeterà l'ispezione, se sia possibile, od almeno richiederà da loro un nuovo parere [67]; † il che poi diventa specialmente necessario qualora il primo parere desse come provati dei fatti, che non corrispondono alle verificazioni giudiziali (*a*) †. Questo medesimo diritto che ha l'inquirente di esaminare il parere dei periti, e di richiederne un nuovo [68], spetta altresì al Tribunale decidente.

63 Oppure se è contradittorio con sè stesso.

64 Come quando, p. e., il medico professa ancora certe antiche teorie erronee sulla letalità delle lesioni, e parla di letalità *assoluta*.

65 P. e., se trascurò le cose dette dai testimonj.

66 P. e., se il medico avesse piena fede nella prova della docimazia idrostatica.

67 Kitka, *Della constataz. del fatto*, pag. 253, e la mia memoria nel giornale d'Hitzig per la giurisprud. pruss., pag. 253.

(*a*) Reg. Sass., § 81. — Mittermaier nell'Arch. di Goltdammer I, p. 125. Il Reg. austr. al § 85, e l'Ordin. Min. sulle sez. cadav. al § 21, dispongono quanto segue, in singolare accordo colla regola qui esposta dall'Autore: « Se il giudice inquirente, il Procuratore di Stato od il Tribunale, trovano che il parere dei periti sia oscuro, incompleto, non abbastanza preciso, in contraddizione con sè stesso, o con circostanze di fatto già rilevate, ovvero che non siano giuste le conclusioni tratte dalle esposte premesse, oppure se le dichiarazioni dei periti, rispetto alle cose di fatto, da essi osservate, discordano tra di loro in modo rilevante, il giudice inquirente li sentirà in proposito, e non togliendosi con tale mezzo le dubbiezze, ripeterà, per quanto è possibile, l'ispezione, facendovi intervenire gli stessi od altri periti. » Già notammo altrove che per poter adempiere con cognizione di causa questa disposizione di legge, il giudice dovrebbe conoscere profondamente i principj della medicina legale, e che è perciò desiderabile che nelle nostre università i corsi di questa scienza siano resi obbligatorj per gli studenti di legge — A.

68 Osserva giustamente Kitka nell'op. cit., pag. 253, che se il perito ha manifestato unicamente una sua opinione, od una ipotesi, il giudice inquirente non può costringerlo a cambiarla in una dichiarazione più precisa; perchè anzi nei casi difficili il perito coscienzioso può sovente esprimere, non più che una verosimiglianza; e chi lo costringesse a fare una dichiarazione diversa, lo costringerebbe a mentire. (E infatti l'Ordin.

CAPITOLO XXIX.

Regole speciali per le perizie, secondo le diverse specie di reati.

La prova per periti ha una importanza speciale secondo i casi.

I. Quando l'imputazione è di *omicidio* (*) la prima indagine dei periti è se il defunto abbia perduto la vita per fatto suo proprio, o per sventurato accidente [1], o per opera altrui; se la morte sia stata prodotta da violenza; e in quale connessione causale si trovino le lesioni e la morte. Nel primo caso l'indagine dei periti è importante [2] per riconoscere se le tracce rinvenutesi sul corpo dell'ucciso si possano spiegare colla ipotesi del semplice suicidio, o se, per la posizione in cui il cadavere fu trovato, il suicidio stesso risulti possibile o no [3], o finalmente se l'uccisore non abbia simulate invece maliziosamente le apparenze e le attitudini del suicidio [4]. È altresì importante l'indagine se le ferite trovate sul cadavere siano state recate a corpo vivo o dopo la morte [5]; e nei casi in cui lo si trova immerso in qualche liquido, importa di scoprire se la causa della

Min. austr. succitata, dopo d'avere ordinato, nel § 24, che nel motivare il parere, i risultati ottenuti dall'investigazione devono venire spiegati giusta i principj esatti di anatomia, di fisiologia, di patologia, schiariti da conclusioni tratte dalla natura della cosa, e confermati da osservazioni e da riconosciute esperienze, soggiunge poi nel § 25 che anche i dubbj devono venire *francamente* esposti. S'intende poi da sè che le ipotesi, per quanto verosimili, non formano prova per sè sole — A).

(*) Siccome la differenza tra *omicidio* ed *uccisione* nel cod. pen. austr. consiste soltanto nella qualità dell'intenzione che mosse il reo (vedi su di ciò alcune osservazioni nei nostri *Studi sul cod. pen. tosc.*, a p. 117), così le norme qui tracciate valgono e per l'uno e per l'altro crimine — A.

1 Suppongasi, p. e., che sotto le macerie di una cantina crollata si trovi un cadavere che deve esservi stato da molto tempo e che porta i segni di ricevute lesioni.

2 Vedi le opere citate nella mia *Proc. pen. ted.*, § 115 nota 1. † Ed inoltre: Devergie, *Med. leg.*, II, pag. 657. — De Boismont, *Ann. d'Hyg. leg.* 1852, luglio, pag. 130. — Freschi, *Man. di med. leg.* — Brach, *chirurg. forensis*, pag. 199. — Casper *Gerichtl. mediz.* (med. giudiz.), p. 288, 307, 460, e nel suo giorn. trimestr. IX, pag. 1. — Friedrich, *Handb. der gerichtsarztl. Praxis* (Man. di med. giudiz. prat.), II, pag. 880. Güntner, *Handb. der ger. Med.* (Man. di med. leg.), pag. 271. — Böker, *Lehrb. der. ger. med.*, (Trattato di med. leg.), pag. 97.

3 Secondo che, p. e., il cadavere fu trovato seduto o disteso per terra.

4 P. e., se taluno, *dopo* essere stato ucciso, venne appeso.

5 *Proc. pen. ted.*, § 115 verso la fine.

morte sia stata la immersione, oppure una violenza d'altra natura.

Circa la letalità delle lesioni è necessario di evitare gli errori dell'antica dottrina, la quale riconosceva come mortale una lesione allora soltanto che la morte era l'effetto *inevitabile* della lesione medesima, ed indipendente da qualunque condizione personale dell'offeso, o da altre cause accessorie o concomitanti [6]. Perciò poi si dubitava della letalità in tutti quei casi in cui si poteva dimostrare che a recare la morte avesse contribuito qualche altra causa secondaria, o la costituzione eccezionale dell'offeso, oppure quando si fosse potuto provare che con tempestivi soccorsi medici, la morte sarebbe stata evitata [7]. L'inquirente che segue invece la teoria più giusta, essere, cioè, mortale qualunque lesione che *nel caso concreto* è stata la causa della morte, proporrà ai periti separate domande, e, prima di tutto, se l'offeso sia morto in seguito alle lesioni che furono rilevate sul suo corpo [8]; indi cercherà di raccogliere tutti i dati necessarj per giudicare in qual connessione stia la lesione colla morte, e quanto si possa credere all'imputato che asserisce di non aver avuta l'intenzione di ammazzare [9]. Sotto questo rapporto saranno importanti i seguenti quesiti:

1.° Se le lesioni siano necessariamente mortali, o se cagionano la morte solo qualche volta;

6 Negavasi pertanto che fosse mortale una lesione quando fosse concorsa a recare la morte una qualche altra causa che sussisteva insieme con la ferita.

7 L'Ordin. crim. prussiana, § 169, segue le nuove dottrine che son migliori; così il cod. bavarese, parte I.ª, art. 142-145 (*).

(*) Il cod. pen. austr. non definisce la lesione mortale, ma nella definizione dell'omicidio (§ 134), dispone chiaramente che l'esito della morte (quando sia stato voluto dal reo), è imputabile a lui anche nel caso in cui la morte derivò dalla costituzione personale dell'offeso, o solo per le circostanze accidentali, sotto le quali fu commessa l'azione, o per cagioni intermedie fortuitamente sopravvenute, in quanto queste ultime siano state occasionate dall'azione medesima. Nel § 145 poi, parlando della uccisione in rissa per opera di più persone, è distinta la responsabilità di coloro che hanno recato una *lesione mortale*, da quella degli altri. Da tutto ciò si vede che la legge ha riguardo all'esito, e considera mortale quella lesione da cui è derivata la morte. Così precisamente dispone anche il codice penale toscano, all'art. 307: « Si considera mortale qualunque lesione personale, in sequela di cui ha perduto la vita un uomo ». Queste disposizioni rappresentano la teoria odierna, per la quale sono tolte moltissime dispute — A.

8 Ordin. crim. pruss., § 68, cod. bav., § 245.

9 P. e., se la ferita divenne mortale, solo a causa di una straordinaria costituzione dell'offeso, che al certo l'accusato non poteva conoscere, nè supporre.

2.° Se produssero la morte per la loro stessa natura, in generale, o soltanto nel caso concreto per effetto della eccezionale costituzione personale dell'offeso, o per cause estrinseche accidentali;

3.° Se la produssero direttamente, o per il concorso di qualche causa concomitante.

† Qui poi i periti debbono soprattutto aver presente di non lasciarsi guidare dall'idea di giovare all'imputato; evitino le espressioni ambigue sulla letalità, già adoperate dai seguaci delle precedenti teorie; e si ricordino che il loro voto è duplice: 1.° dichiarare se nel caso concreto, nell'individuo offeso, e sotto le circostanze speciali del caso, la lesione si debba considerare come la causa della morte (*a*), la quale, perciò, sia da giudicarsi una conseguenza naturale ed ordinaria di tal lesione; 2.° raccogliere e presentare al giudice gli elementi per giudicare se la lesione e la morte stiano in rapporto prossimo o rimoto. †

Altro dovere dell'inquirente è quello di curare affinchè e l'ispezione e il giudizio dei periti riescano compiuti; per la qual cosa anche quando in una delle tre cavità del corpo sia stata trovata una causa sufficiente a spiegare la morte, in guisa che non sembri più necessario di procedere alla sezione delle altre due, per decidere la quistione proposta sulla letalità della lesione [10], sarà nondimeno necessario di eseguirla [11], per raccogliere i materiali con cui poter rispondere ai tre quesiti anzidetti relativi alla connessione tra la lesione e la morte (*).

(*a*) Vedansi alcune istruzioni per ben giudicare della letalità delle lesioni, nella dissertazione dell'Autore sulla constataz. del corpo del delitto, ecc. Firenze 1857. — Gandolfi, *Dottrina analitica delle lesioni violente*, Modena 1855.

10 Era però un difetto dell'antica teoria quello di dichiarar nulla tutta la perizia anche quando, essendosi trovata al petto una ferita assolutamente mortale, non si fosse aperta anche la cavità del ventre.

11 Cod. bav., parte II.ª § 244. — Ordin. min. austr. sulle sezioni cadaveriche, § 59: « Nella visita interna bisognerà aprire il cranio, il collo, la cavità del petto e del basso ventre, e ciò *anche in quei casi* che si avesse già trovato la causa della morte nell'una od altra di queste parti. »

(*) Il § 89 del Reg. austr. di proc. pen., letteralmente trasfuso nel § 22 dell'ordin. min. sopra citata, stabilisce, come norma per la redazione del parere medico, le stesse cose tracciate qui dall'Autore. « Il parere propriamente detto, dovrà sempre dichiarare *quale* sia stata nel caso concreto la *causa prossima* dell'avvenuta morte, e da che questa causa sia stata prodotta.

« Secondo la qualità del caso si dovrà quindi mettere in chiaro par-

II. Nelle accuse d'*infanticidio*, l'intervento dei periti è necessario per decidere le quistioni seguenti:

1.° Se l'imputata abbia partorito [12], e quando [13].

2.° Se il bambino (da sottoporsi esso pure a ispezione e sezione) sia nato maturo, cioè a gestazione compiuta, od in qual mese di gravidanza; e se fosse vivo e vitale.

Intorno a cotali quesiti è necessario di instituire tutte le esperienze che furono immaginate dalla scienza [14].

3.° Quale sia stata la causa della morte, e in ispecie, se sul cadaverino si trovino lesioni; se queste siano state l'effetto d'atti di violenza esercitati dalla madre, o di cause naturali avvenute durante il parto [15], o subito dopo, come sarebbe la caduta dall'alto [16].

4.° Per giudicare se le asserzioni dell'imputata siano credibili; p. e., circa il modo con cui dice seguito il parto (*).

ticolarmente: 1.° Se, giusta le emergenti circostanze, abbia a ritenersi con certezza, oppure con verosimiglianza, che la morte sia avvenuta: *a*) in conseguenza delle lesioni rilevate, o *b*) già prima di tali lesioni, ovvero *c*) in conseguenza o per concorso di una causa sopraggiunta alla lesione ed indipendente da essa.

« Dichiarandosi che le lesioni rilevate furono la causa della morte, si determinerà inoltre: 2.° Se l'azione posta a carico dell'imputato sia divenuta la causa della morte per la sua natura in generale, o per una speciale costituzione fisica od uno stato particolare della persona lesa, oppure per circostanze estrinseche accidentali ».

12 Giudizio facilmente ingannevole, quando il parto sia seguito da lungo tempo. V. le opere citate nella mia *Proc. pen. ted.*, § 116. † È molto utile in proposito la guida che dà la citata ordin. min. austr. ai §§ 112-134. Poi vedi Freschi, *Man. di med. leg.*, vol. I. — Gandolfi, *Med. leg.* I, p. 867; — Casper, *ger. Med.* (med. leg.), p. 671. — Boeher, *Lehrb. d. ger. Med.* (Trattato di med. leg.), p. 136. — Schürmayer, *ger. Med.* (med. leg.), p. 299. — Kramer, *Lehbr.* (Trattato), p. 90. — Friedrich, *Blätt. für ger. Authropol.* (Giorn. di Antropologia legale) V, p. 71. — Elsaesser, *Untersuchungen über Veränderungen im Körper der Neugebornen durch Athmen, Lufteinblasen* (Ricerche sui cambiamenti che producono nei neonati la respirazione e l'insufflazione), Stuttgart 1852 †.

13 Il che importa di stabilire per decidere se un bambino, di cui si è trovato il cadavere, possa essere nato dall'imputata.

14 *Proc. pen. ted.*, § 116.

15 P. e., se il bambino rimase lungamente sospeso alla vagina. † Casper, op. cit., pag. 786. — Boeker, op. cit., pag. 156 †.

16 Vedi su tali quistioni la mia *Proc. pen. ted.*, § 116 in fine.

(*) Non occorre che ci fermiamo a dimostrare come le perizie siano importanti in caso d'infanticidio. I giornali giudiziarj ne offrono molteplici esempi. Tra le altre scuse che soglionsi addurre dalle imputate, avvi quella d'aver ignorato di trovarsi incinte. Esaminando la costituzione personale della imputata, e tenendo calcolo del fatto s'ella abbia o no avute malattie durante la gravidanza, e se ella sia già stata altra volta incinta o no, i periti possono facilmente dichiarare se l'asserzione dell'accusata sia o non sia credibile — A.

III. Nei casi di *avvelenamento* l'indagine preliminare dei periti, si è se una data persona sia propriamente morta di veleno [17]. Egli è quindi necessario: *a*) fare la visita e la sezione del cadavere, sì per rintracciare i segni certi del veleno, come per riconoscere gli effetti che produsse sull'organismo; *b*) raccogliere una storia compiuta della malattia, allo scopo di trarne delle conclusioni circa l'uso che si fosse fatto del veleno, sia per gli accidenti avveratisi durante la malattia medesima, sia per i fenomeni che susseguirono immediatamente alla morte; *c*) verificare, coi processi chimici [18], la sostanza venefica esistente nel cadavere, e gli effetti che produsse; *d*) determinarne la specie [19]; *e*) indagare se nelle stoviglie adoperate pei cibi e per le bevande durante la malattia, o nei rimasugli esistenti in casa, si contenga qualche veleno; *f*) e finalmente anche quando siansi trovate nel cadavere tracce di veleno, determinare se la sostanza adoperata, avuto riguardo alla quantità di essa nel caso concreto, abbia prodotta da sola la morte, o se v' abbiano contribuito altre cause intermedie.

† In questi ultimi tempi poi le difficoltà di accertare il fatto di un seguito avvelenamento, si son fatte ancor maggiori. Anzi tutto bisogna verificare se una data materia sia da considerarsi come un veleno (*a*); poichè ne furono adoperati taluni prima non conosciuti, e la scienza è ancora assai incerta nel dichiarare quali ne sono i segni caratteristici, quali gli effetti, e quali poi sono i mezzi per riconoscerli (*b*). Inoltre si è ora scoperto che parecchi fenomeni, i quali venivano prima attribuiti soltanto al veleno, accompagnano anche talune malattie (*c*), e persino l'uso di certe medicine (*d*). E finalmente anche i risultati

17 *Proc. pen. ted.*, § 117.

18 Eggert, *Der gewaltsame Tod ohne Verletzung* (Della morte violenta senza lesioni), Berlino 1852, pag. 309 e segg.

19 Quanto importi di determinare esattamente la natura del veleno, si veda nelle opere citate nella mia *Proc. pen. ted.*, § 117, nota 10.

(*a*) Sui recenti progressi, vedi Mittermaier, nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 450.

(*b*) Il processo contro Palmer, a Londra, lo ha pienamente dimostrato, poichè si è quivi disputato assai intorno ai segni distintivi della stricnina. Vedi Taylor, *On poisoning by strychnin* (dell'avvelenamento col mezzo della stricnina). Londra 1856, e l'Autore nell'Arch. di Goltdammer 1857, pag. 146.

(*c*) Mem. cit. nell'Arch. di Goltdammer 1857, pag. 155.

(*d*) Devergie, *Ann. d'Hyg. leg.* 1841. — Mittermaier 1856, pag. 745.

che dà la chimica sono assai facilmente ingannevoli, ove non sieno ottenuti da chimici molto esperimentati e diligenti (*e*) †.

IV. Nei casi di *lesioni corporali* la chiamata dei periti è necessaria [20] allo scopo di constatare la specie della lesione riportata dal ferito, determinarne gli effetti, tanto sul corpo, quanto sulle facoltà mentali, e giudicare quali cause concomitanti, e quali condizioni personali dell'offeso, abbiano avuto influenza sull'esito della lesione. E parimente è necessaria anche una ispezione sul luogo del fatto, per verificare se per avventura le lesioni fossero derivate da qualche causa indipendente dalla volontà dell'imputato [21].

V. Nei processi di *stupro* (violento) la visita della danneggiata è necessaria per giudicare dell'importanza ed influenza delle sofferte lesioni, e della verosimiglianza di uno stupro violento; e similmente per giudicare, (visitato, per conseguenza, anche il prevenuto); se i segni trovati sulle sue parti genitali lascino supporre ch'egli abbia commesso lo stupro [22].

VI. Trattandosi di *furto* i periti devono giudicare del valore delle cose rubate e della qualità dei mezzi con cui il furto può essere stato commesso [23].

(*e*) Vedansi le ottime istruzioni comprese nell'Ordin. min. austr. ai §§ 98-111, e l'Autore nell'Arch. di Goltdammer 1856, pag. 726-741.

20 Ordin. crim. pruss., § 140. Cod. bav., § 79. — Pfister, *Criminalfälle*, (casi di diritto penale) V, pag. 606.

21 P. e., se sporgessero dal suolo pietre acute o rami. — Reg. austr. di proc. pen., § 92: « Anche quando trattasi di lesioni corporali, si farà eseguire la visita dell'offeso col mezzo di due periti, i quali, dopo di avere descritte esattamente le lesioni, dovranno altresì dichiarare in ispecialità quali delle lesioni esistenti siano a risguardarsi, per sè sole, ovvero nel loro complesso, assolutamente, o per le circostanze speciali del caso, come leggiere, gravi, o pericolose alla vita; quali conseguenze sogliano comunemente produrre, e quali abbiano esse prodotto nel presente caso speciale, e così pure con quali mezzi o stromenti ed in qual modo esse lesioni siansi arrecate ».

22 *Proc. pen. ted.*, § 118.

23 *Ordin. crim. pruss.*, § 187. — Reg. austr., § 101: « Nei crimini o delitti mediante i quali fu cagionato un danno o pericolo ai beni (che non sia un appiccato incendio, perchè è regolato da norma speciale), dovrassi, col mezzo della ispezione, rilevare sopra tutto la qualità della forza od astuzia impiegata, dei mezzi, o stromenti adoperati, e l'entità del danno recato e del lucro realmente cessante, o che si ebbe intenzione di recare o far cessare, oppure la gravità del pericolo per la proprietà od anche per la vita, la salute o la sicurezza corporale delle persone. » — Si noti che, quanto al danno, i periti possono essere chiamati a valutarlo, anche quando, essendo stato esposto dal danneggiato, il giudice creda che abbia voluto esagerarlo, §§ 76 e 359 — A.

VII. Nei casi di *appiccato incendio* il giudizio dei periti è spesso necessario [24] per decidere se l'incendio possa essere stato prodotto unicamente dall'opera dell'uomo, o piuttosto da cause naturali, o da accensione spontanea di certe materie [25]; e se abbia potuto svilupparsi e dilatarsi nel modo asserito dall'imputato [26].

VIII. Nel crimine di *falsificazione di monete* i periti son necessarj [27] per aver da loro un giudizio sulla genuinità, sul peso e sulla lega delle monete sospette, e sui mezzi coi quali la falsificazione può essere avvenuta (*).

IX. (**) Quando si tratti di *falsificazione di documenti*

24 Non sempre i fisici e altrettali scienziati sono i periti migliori in queste materie, quando, p. e., si tratta di decidere sulla possibilità che l'incendio sia sòrto in un dato modo. I pastori e simili che spesso accendono de' fuochi in campagna, ponno dare migliore giudizio.

25 Leggesi un notevole parere negli Annali di Hitzig, sulla giurispr. crim. straniera, fasc. 28, pag. 403.

26 I periti son necessarj spesse volte anche per determinare l'entità del danno. V. Giorn. di Hitzig ora citato, pag. 332. — Regol. austr., § 100: « Nei casi di appiccato incendio s' indagherà particolarmente il modo con cui il fuoco fu appiccato, se all' uopo siasi fatto uso di una materia incendiaria, e di quale; come pure il luogo ed il tempo in cui fu appiccato, se di giorno o di notte, e sotto tali circostanze per le quali si potesse prevedere un pericolo maggiore o minore per la vita di persone o per la proprietà, od il fuoco scoppiando avesse potuto facilmente dilatarsi; per ultimo, quando l' incendio sia realmente scoppiato, si rileverà l' ammontare del danno derivatone ». Di tutte queste indagini che dee fare il giudice inquirente, poche sono tali da potersi risolvere coll' opera dei periti, tanto più che di solito l'incendio cancella esso medesimo tutte le tracce per le quali si potrebbe rispondere (almeno per induzione) alle domande che si rendono necessarie. E pur troppo essendo innumerevoli i casi d' incendj per imprudenza o per evento fortuito, è sommamente difficile lo stabilire la vera indole del fatto. Persino il ritrovamento di materie incendiarie presso il luogo dell' incendio, può bensì far *arguire* che siano state adoperate, ma non dimostrarlo; perchè mentre gli altri corpi d'ordinario presentano le tracce dello stromento adoperato, la cosa incendiata di solito non esiste più dopo l' incendio, od almeno è affatto cambiata di forma — A.

27 *Proc. pen. ted.*, § 119.

(*) Il Reg. austr. parla separatamente della falsificazione di carte di publico credito, e di quella di monete. E stabilisce per le prime doversi ricercare il giudizio dei periti col mezzo del ministero delle Finanze, e per le seconde col mezzo della direzione della Zecca. In questi casi adunque il giudice non ha la scelta dei periti, ma dee necessariamente rivolgersi a questi, che sono stabiliti dalla legge. Di che la ragione è evidente, poichè gli stabilimenti che fabbricano le carte di credito publico e le note di banco e le monete, posseggono essi soli il vero modulo con cui riconoscere la falsità di quelle fabbricate da altri, e ad essi soli sono noti certi caratteri distintivi, che altri periti non riuscirebbero nè a scoprire nè tampoco a indovinare — A.

(**) Questo numero non esiste nel testo tedesco del 1834, dove si vede una lacuna tra l' VIII e il X. Sembra che l'Autore abbia provveduto a toglierla, comunicando questo numero IX all'edizione francese nel 1848 d alla quale noi lo traduciamo — A.

i periti verificano se esistono realmente delle alterazioni, e quale ne sia la natura e l'importanza. Anche in queste ricerche può giovare immensamente la chimica, colla quale si riesce spesse volte a ristabilire il testo primitivo (*a*).

X. Ma dove i periti hanno una specialissima importanza, si è nei casi di dubbj sulla imputabilità dell'accusato. Certo è che in questi ultimi tempi uno scetticismo, fors' anche filantropico, aumentando le specie diverse di malattie mentali, ha reso ancor più frequente la necessità di sentire dei periti [28]; ma d'altro canto come rimproverarne l'inquirente, se egli fa ogni sforzo per constatare la verità assoluta e dissipar ogni dubbio, quando o la singolarità del reato (p. e., se fu commesso da chi meno poteva sospettarsi, per la sua condotta, o per argomenti che lo dovevano distogliere), o lo strano contegno dell' imputato istesso, o le deposizioni di qualche testimonio, o le proposte del difensore [29], facciano sorgere dubbio se l'autore possa essere tenuto responsabile [30]? Al perito a cui è commesso siffatto incarico, si devono comunicare tutti i materiali che ponno avere influenza sul giudizio da proferirsi, ed egli poi dee sentire l'accusato stesso in ripetuti colloquii per mettersi in grado di scoprire il vero e di dare un sicuro giudizio [31]. E in questo argomento è specialmente da ripetere la già fatta raccomandazione [32],

(*a*) Devergie, *Med. leg.* 2, pag. 174, 177. (Nell' *Eco dei Trib.* di Venezia, si legge (sez. I, n.° 602 e suppl. al 616), un importante processo nel quale si riuscì colla chimica a far ricomparire un numero che prima esisteva su un biglietto del lotto alterato; e questa prova salvò l'accusato — A.

28 P. e., seguendo le opinioni di Platner (di Germania). E di fatto è al certo un errore quel di volere che ogni grave misfatto, il quale faccia fremere chiunque, debba essere prodotto da una malattia mentale. Vedasi contro questa dottrina, Foderé, *Essai sur les diverses espèces de folie.* Strasbourg 1832.

29 Se però non siano sprovvedute d'ogni verosimiglianza.

30 Jarke, Giorn. d'Hitzig, fasc. 23, pag. 121, 139. — Feurbach, *Darstellung merkw. Criminalfälle* (cause celebri) II, p. 319). (Un processo di tal natura, in cui la perizia sullo stato mentale dell' imputato fu suggerita dalla singolare gravità del fatto e da qualche stranezza nel contegno dell' imputato medesimo, fu quello trattato nel corrente anno (1858) al Tribunale prov. sez. crim. di Milano contro Giuseppe Curti per l' omicidio della moglie e dello suocero. La controversia venne trattata con ogni ampiezza e merita di essere attentamente studiata ne'suoi particolari dai cultori della scienza medico-legale. (V. *Gazz. dei Trib.* di Milano del 5 agosto 1858 e nei numeri successivi — A.)

31 *Proc. pen. ted.*, § 139.

32 Vedi la mia mem. nel Giornale di Hitzig, fasc. III, pag. 237, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 140, nota 20.

di proporre ai periti domande che non siano nè così indeterminate, nè così limitate ed astratte, da condurli a dare risposte od imprecise e vaghe, o soverchiamente succinte, od incompiute.

E del pari anche in questo caso è debito dell'inquirente, di non accontentarsi d'un parere evasivo, impreciso od infondato; ma di richiamare i periti a correggerlo, o di sentirne degli altri [33].

† Codeste indagini sulla imputabilità morale degli accusati riescono assai difficili (*a*), specialmente perchè i medici non sono di solito in situazione di poterli considerare come e quanto sarebbe necessario; gli è soltanto il medico psichiatrico che, dopo lunghe osservazioni in un ricovero di pazzi, si trova in grado di dare un giudizio soddisfacente (*b*), poichè non moltissimi medici conoscono le tante specie d'alienazioni mentali (*c*), e i segni precursori di esse (*d*); e però facilmente danno un giudizio esclusivo. Per di più non essendo famigliari ai legali le cognizioni sulle nuove scoperte relative alle malattie mentali, e attenendosi i giudici ed i presidenti ai vecchi pregiudizj che signoreggiarono questa materia, i processi giudiziarj non riescono molte volte a scoprire la verità (*e*) †

33 *Proc. pen. ted.*, § 140. Quanto al Reg. austr. il § 95 dispone ciò che segue:

« Nascendo dubbio se l'incolpato abbia l'uso della ragione, oppure sia affetto da una malattia di mente o d'animo, per la quale potrebb'essere tolta o diminuita la sua imputabilità, si farà esaminare il suo stato mentale e morale, di regola col mezzo di due medici.

« Eglino faranno una relazione sul risultamento delle proprie osservazioni, collegando tutti i fatti influenti a giudicare dello stato della mente e dell'animo dell'imputato, ed analizzandoli secondo la loro importanza, tanto da soli come nella connessione loro.

« Qualora ritengano esservi uno sconcerto delle facoltà dell'anima, determineranno la natura, la qualità ed il grado della malattia, e daranno, tanto in base degli atti, quanto dietro le proprie osservazioni, il loro giudizio sull'influenza che la malattia abbia esercitato ed eserciti tuttora, di continuo o ad intervalli, sulle idee, sugl'impulsi, sulle determinazioni e sulle azioni dell'imputato, aggiungendo se ed in quale grado questo stato di perturbamento delle facoltà dell'animo esistesse di già al tempo in cui il fatto venne commesso.

(*a*) Mittermaier, Arch. di Goltd. I, pag. 279. E nell'opuscolo, *Condiz. dei periti*, pag. 86. — Welea, ivi, p. 435.

(*b*) *Condiz. dei periti*, pag. 88.

(*c*) P. e., le tante forme di manie.

(*d*) P. e., le allucinazioni.

(*e*) *Condiz. dei periti*, pag. 99, 108. L'Autore ha poi fatta una proposta circa il metodo migliore, con cui dovrebbero essere risolti i quesiti sulla imputabilità nell'Arch. di Goltd. I, pag. 298.

CAPITOLO XXX.

Valore della prova per periti.

Per dare il giusto valore alla prova per periti, è necessario di esaminare, anzi tutto, se i fatti da loro esposti siano veri; e secondariamente, se il giudizio da loro proferito sia convincente.

E quanto ai fatti, distinguasi ancora: se si tratta di quelli riconosciuti già per sussistenti nel protocollo d'ispezione in concorso col giudice [1]; o se si tratta d' altri fatti la cui esistenza è attestata soltanto dai periti nelle loro verificazioni [2]. Quei primi si considerano come accertati giuridicamente; se non che è pur d'uopo ammettere che non di rado anche il protocollo d'ispezione giudiziale dà per positivi alcuni fatti, unicamente sulla fede dei periti, i quali fecero uso de' necessarj mezzi per accertarli; p. e., circa la profondità delle ferite o la natura del loro contorno [3]. Laonde per questi fatti non valgono le regole dell'ispezione oculare; sì piuttosto quelle delle verificazioni dei periti. Ora, parlando di queste ultime, le norme da aversi presenti per giudicare della loro attendibilità, son quelle che seguono: 1.° Si guardi qual fede meritano i periti, considerati come testimonj; perchè qualora apparissero inabili o sospetti come testimonj, ne resterà indebolita la loro credibilità, anche come periti. 2.° Si guardi in qual modo essi hanno assunte le verificazioni necessarie. Se pertanto i periti o non fecero le loro indagini al tempo debito [4], o non impiegarono i mezzi opportuni [5], o ne usarono in modo non acconcio [6], o fecero osservazioni incompiute [7], verrà meno anche la fede che meriterebbe

1 P. e., il numero delle ferite.
2 P. e., la profondità e larghezza delle ferite.
3 Infatti il giudice, se anche fu presente, non introdusse già egli stesso lo specillo nella ferita; e se fa registrare il risultato nel protocollo, lo fa soltanto perchè presta fede all' assicurazione che gli danno i periti.
4 P. e., se, dovendo giudicare del colore degli orli d'una ferita, la osservarono alla luce della candela, o del crepuscolo.
5 P. e., se non fecero i debiti esperimenti sulle sostanze sospettate venefiche.
6 Se, p. e., fu fatta la prova docimastica sui polmoni con apparecchi inesatti.
7 Se, p. e., non furono aperte tutte e tre le cavità principali.

il loro giudizio. 3.° Si consideri il tenore del parere dei periti. In quel modo che un testimonio, il quale non sappia indicare la fonte delle cose che riferisce, o deponga con incertezza, o si contradica, merita poca o nessuna fede, così anche un perito [8].

All'incontro esaminando il *parere* dei periti, non tornano più applicabili le regole relative alle testimonianze; così, a modo d'esempio, non può dirsi dei periti, i quali mutano un giudizio già da loro pronunziato [9], quel che si direbbe d'un testimonio che è incerto nelle sue deposizioni; poichè se di costui si può credere o che non abbia ben osservate le cose che narra, o che abbia l'intenzione di nascondere il vero; dei periti, al contrario, si dirà che hanno studiato più profondamente il soggetto, o che hanno fatto più diligenti indagini; le quali conducono al certo a un più sicuro giudizio.

Per riconoscere poi se il parere dei periti sia convincente, giova considerare:

I. I principj da cui essi sono partiti [10], e le leggi naturali [11] a cui hanno ascritti i fatti in quistione. Quanto più tali leggi sono accettabili, tanto è più credibile il giudizio che ne fu dedotto, semprechè i fatti siano stati giustamente classificati sotto di esse.

II. I motivi con cui i periti spiegano il loro parere.

III. L'accordo tra il parere dei periti, e ciò che già è provato in processo. Importa sopra tutto di vedere se vi siano contraddizioni tra il parere e le deposizioni testimoniali [12] o la confessione dell'imputato. Quando i fatti ammessi come veri dai periti, provano che quelli esposti dall'imputato o dai testimonj non sono possibili, e d'altronde il parere dei periti è ragionato e non soggetto a verun dubbio, gli si dovrà attribuir piena fede, e tutt'al

8 Stübel, *Vom Thatbestand* (Della essenza di fatto), §§ 339 e 340. — Tittmann, *Man.* parte III, pag. 330.

9 Il che avviene sovente in quei casi in cui l'inquirente obbliga i periti a pronunziare il loro giudizio subito dopo la sezione; poichè quando poi considerano più pacatamente il caso e i principj scientifici relativi, si persuadono d'aver dato un giudizio non fondato, e ne danno uno diverso.

10 P. e., nella quistione della imputabilità. Così, se i periti dichiarano che l'alterazione di mente esclude la coscienza di ciò che si fa, non possono dire se l'imputato sia in istato di *mania sine delirio*.

11 P. e., la docimazia idrostatica si fonda sulla legge fisiologica, che quando avvi respirazione vi è vita.

12 Ordin. crim. pruss., § 14.

più sarà obbligo del giudice di investigare con maggior scrupolo la credibilità di quelle testimonianze o di quella confessione. Ma quando il voto di un perito è in contraddizione col deposto dei testimonj [13], o colle asserzioni dell'imputato [14], e d'altra parte niun dubbio si eleva su queste deposizioni, quel voto potrà dirsi erroneo e immeritevole di fede.

IV. Finalmente il parere dei periti è tanto più autorevole, quanto maggiore apparisce essere stato l'accordo di essi nel voto che hanno dato [15]. Se le loro dichiarazioni discordano le une dalle altre, bisogna distinguere, se queste discrepanze concernono l'ispezione dei fatti, o il giudizio proferito. Se i periti discordano tra di loro rispetto *alle cose di fatto* da essi osservate, sarà prevalente, anzi tutto, quella dichiarazione che è corroborata anche da altre prove d'ugual tenore [16]. Ove però la discordanza rifletta tali fatti che non hanno nessuna influenza nel processo [17], e non sorga alcun titolo di sospetto sui periti [18], il loro giudizio non ne resta punto infirmato. Ma se essi discordano sopra fatti essenziali [19], non è ad aspettarsi un vantaggio dal chiedere il parere d'un collegio superiore di periti, poichè i membri di questo collegio non potrebbero dire qual dei primi periti avesse osservato rettamente, se non ripetendo essi medesimi le osservazioni. Così pure non

13 P. e., l'imputata dice che mentre seppelliva il bambino questo vavagiva ancora; e i periti dimostrano in vece che non è nato vivo (*).

(*) Una donna imputata d'infanticidio confessava di aver *sentito vagire* il bambino da lei dato alla luce e di avere allora, pel timore d'essere scoperta, *perduto la testa* e gettato il bambino dalla finestra. La perizia stabilì che il bambino era *nato morto*, e perciò non poteva aver vagito, o per lo meno (giusta il parere della facoltà medica di Pavia) non poteva aver fatto sentire più che una specie di suono, ben diverso dal vagito vero, nell'atto che, in un breve resto di vita *intrauterina*, inspirò dell'aria venendo alla luce. Per questi voti la donna non fu sottoposta a procedura. Vedi il ben ragionato parere dei chiariss. dottori Nicola Petrali e Cesare Borchetta nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, del 4 sett. 1858, e insieme vedasi, nei numeri successivi, il processo d'infanticidio attentato mediante seppellimento — A.

14 P. e., i periti dichiarano che taluno fu ucciso con arma da fuoco, e invece l'imputato confessa d'averlo ammazzato con un coltello ottuso.

15 Non bisogna però aver riguardo a delle mere differenze nella esposizione dei motivi, sibbene alla conclusione. Ordin. crim. prussiana, § 388.

16 Se, p. e., la stessa cosa osservò il giudice che guidò l'ispezione.

17 Quante siano, p. e., le ferite inconcludenti.

18 Poichè, p. e., un errore su questi punti era per sè stesso assai facile.

19 Se, p. e., vi sia o non vi sia una ferita mortale

sarebbe giusto di rimettersi alla sola maggioranza di voti [20], non potendo valere come norma per i periti, sebbene lo sia per i collegj decidenti dello Stato, in quanto che i periti si trovano raccolti per puro caso e non come membri di un collegio (*). Alcuni si appoggiano ad un passo del diritto romano [21], che però non si attaglia [22], poichè in quel luogo si tratta soltanto di stabilire una norma provvisoria, la quale era giustificata, se appena il fatto fosse reso verosimile dalla dichiarazione di più periti.

Se adunque è possibile, si ripeterà l'ispezione; in caso diverso, si giudicherà delle contraddizioni fra i periti, relativamente alle cose di fatto, secondo quelle stesse regole, colle quali si giudica delle contraddizioni fra i testimonj; nel qual caso è certo che avrà particolare influenza anche la maggioranza dei voti, oltre gli elementi d'altra natura, p. e., la verosimiglianza od inverosimiglianza del giudizio proferito. Se poi non v'ha nessun mezzo per togliere le discordanze, il giudice dovrà preferire l'opinione più favorevole per l'imputato [23].

Quando, all'incontro, i periti discordano tra di loro intorno al *parere* ch'essi danno [24], è pur forza guardare al merito personale di ciascuno di essi; alla prevalenza che taluno avesse sugli altri per la notoria sua abilità (un medico, p. e., in confronto d'uno chirurgo); e alle ragioni che ciascuno adduce del proprio voto. Tuttavia il giudice deve andar peritoso nel fare egli stesso cotali confronti, e provvederà assai meglio ricercando in tali casi il parere di altri periti, e specialmente (trattandosi di perizia medica) chiedendo il parere del collegio superiore medico del paese [25]. Che se,

20 Come fa il cod. bav., art. 265.

(*) E se anche si volessero considerare come componenti un collegio, giova notare che, siccome i periti sono d'ordinario due soli, la maggioranza non è possibile — A.

21 Leg. 1 Dig., *De inspic. ventre* (xxv, 4). Ivi è detto che sulla asserzione del marito che la moglie sia gravida, il giudice debba farla osservare da *tre* ostetrici; e la faccia poi, o no, ritirare in una casa di custodia, secondo che *omnes, vel duæ* (o *plures*), dichiarino che è gravida o non lo è.

22 Vedi la mia memoria nell'Arch. per la prat. civ., vol. II, p. 158.

23 Se un perito assicura d'aver veduta sul cadavere anche un'altra ferita, la quale influirebbe assai in aggravio dell'imputato, e invece l'altro perito lo nega, non v'ha dubbio che non può dirsi provato ciò che dice quel primo.

24 Deinlin, *De medic. inter sentent. medicor. leg. arbitr.* All. 1751, Ordin. crim. pruss., § 175. Cod. bav., art. 265.

25 *Proc. pen. ted.*, § 155 in fine (Qui da noi la facoltà medica).

anche con questo mezzo, non può togliersi il dubbio, varrà anche allora la regola che è prevalente il voto più favorevole all'accusato [26].

† Tutte le regole fin qui esposte devono essere osservate quando il giudice abbia obbligo di seguire una teoria di prove, per effetto della quale egli debba stare al parere dei periti allora soltanto che sia convinto della verità (*a*), e non abbia nessun altro motivo di dubbio. Ma anche dove la legge non ha riconosciuta una teoria di prove, e lascia che si decida secondo l'intimo convincimento, è da credere che il pensiero del legislatore sia d'attribuire ai giudici ed ai giurati il diritto di sottoporre ad esame il parere dei periti, secondo queste medesime regole, e di dichiarare provata una cosa di fatto per effetto del voto peritale, solo allorquando non resti più nessun argomento di dubbio.

Di qui apparisce l'importanza di sentire personalmente i periti nel dibattimento; poichè sono obbligati, per le domande dell'accusatore e del difensore, a chiarire tutte le circostanze, dalla cognizione delle quali dipende il giudizio se i periti meritano fede (*b*). E di qui scorgesi, sopra tutto, come il difensore (che ha famigliare la scienza, e si è informato di ciò che il caso richiede), abbia il dovere di far emergere, colle sue domande e proposte, quei fatti da cui può procurarsi almeno un dubbio intorno alla forza provante dei periti, abbattendo quelle supposizioni sulle quali questa forza provante s'appoggia (*c*) †.

Si domanda se il giudice sia assolutamente legato alle perizie, massime quando siano pronunziate dal collegio superiore dei periti dello stato (*). Si richiami il principio già esposto, che la prova per periti riposa sopra una serie di supposizioni, ponderando le quali il giudice può decidere se egli sia o non sia convinto; laonde se nel caso concreto il parere dei periti lo convince, dee condannare.

26 TITTMANN, *Man.* III, pag. 550.

(*a*) Ecco perchè il § 265 del Regol. austr. di Proc. pen., dice unicamente: « Ciò che nelle forme di legge viene accertato col mezzo di più periti, o, secondo le circostanze, anche di un perito solo (§ 78), *può* ritenersi per legalmente provato ».

(*b*) *Condiz. dei periti*, pag. 65.

(*c*) Maggiori particolari nella memoria dell'Autore, Arch. di Goltdammer 1857, pag. 165.

(*) Facoltà universitaria — A.

Anche le nuove legislazioni [27] riconoscono che il giudice è obbligato a seguire il parere dei periti, nel solo caso in cui loro apparisca fondato [28]; e per conseguenza danno al giudice il diritto di esaminare, prima d'ogni cosa, se egli sia convinto: e siccome nessun giudice potrebbe decidere contro la propria convinzione, così è evidente ch'egli non è tenuto a seguire il voto dei periti, se questa convinzione gli manca. † Questo principio che svincola il giudice dall'opinione dei periti (*a*), scaturisce evidente dalla considerazione che la forza provante delle perizie riposa, come si disse, sopra una serie di supposizioni, che in altro luogo abbiamo anche indicate. Or siccome il giudice ha la facoltà di esaminare se tutte queste supposizioni siano giustificate, deve, di necessità, esser libero di non attenersi alla perizia, qualora gli resti tuttavia qualche dubbio (*b*). La quale indipendenza del giudice, riconosciuta anche dai migliori medici (*c*) e della pratica (*d*), non è però una usurpazione nel campo della scienza o nelle attribuzioni dei periti †. Nè potrebbe affermarsi che in tal modo i giudici si arroghino cognizioni superiori a quelle dei periti medesimi, volendosi, a giudicare dei lavori scientifici altrui, una dottrina eminente. Poichè se il giudice ha una giusta idea della sua posizione, la censura di usurpazione delle facoltà dei periti non gli può essere mossa, non altro avendo egli a fare che un raffronto tra il voto dei periti, quale è per forma e per tenore, e le ragioni che lo accompagnano, e le altre circostanze di fatto e prove che già esistono nel processo. Ora, se il parere non espone anche i motivi, si risolve, per il giudice, in una opinione arbitraria, della quale non può tenersi soddisfatto [29]. Se poi i motivi ci sono bensì, ma appariscono piuttosto mere gratuite asserzioni [30],

27 Il Cod. franc. di proc. civ. all'art. 322 dice in generale: *Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose.*

28 Ord. crim. pruss., § 388. — Cod. bav., art. 265.

(*a*) Così fu giudicato anche in Francia dalla corte di cassazione in data 15 marzo 1855. — Hélie, *Traité* VII, pag. 323.

(*b*) Arch. di Goltdammer, mem. dell'Autore I, pag. 284.

(*c*) Schneider, *Gerichtl. Chem.* (Chimica giudiziaria), pag. 2.

(*d*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 74. — Kraewel nella *Gerichtssaal* 1852, pag. 360.

29 Kleinschrod nel vecchio Arch., vol. V, fasc. 3, pag. 23, e si confronti con Kitka, pag. 256, nota.

30 Se, p. e., il medico concludesse che vi fu avvelenamento, per ciò solo che il cadavere andò presto in putrefazione.

o sono superficiali, o non stanno in connessione tra loro; o se è evidente che da quelle medesime premesse i periti avrebbero dovuto venire ad una conclusione diversa, cosicchè non vi sia una logica conseguenza [31]; il giudice al certo non potrà valersi di un giudizio di tal natura. Se all'incontro il parere dei periti è accompagnato dai motivi, e, quanto alla forma, è superiore ad ogni eccezione, ma i principj scientifici esposti come motivi, son tali che lo stesso giudice ne conosca la fallacia, egli non potrebbe passarci sopra [32]; epperò nemmeno dirsi convinto sul fondamento di un tal voto peritale, che gli apparisse mal fondato. Ma siccome in luogo dei principj invocati dai periti egli non ne sostituisce altri (chè allora veramente si tramuterebbe in perito), così non gli resta che di comunicare i suoi dubbj ai periti, e richieder da loro gli schiarimenti necessarj, oppure sentirne degli altri. Che se poi il parere, che si presenta come dedotto da motivi insufficienti, fosse stato proferito dal collegio superiore medico (dalla facoltà universitaria), e se, per legge, non fosse permesso di sentire altri periti; oppure se i periti, anche dopo che il giudice ha loro esposti i suoi dubbj, ripetono il medesimo parere, della cui giustezza però egli non sa ancora persuadersi, allora non gli rimane che di seguire l'opinione più favorevole per l'imputato, e di considerare come non dimostrati quei fatti che risulterebbero unicamente dal parere dei periti, da lui tenuto per insufficiente [33].

Quando poi il parere dei periti si fonda sopra motivi che non sono tratti da esperienze scientifiche, ma dagli atti stessi del processo, il giudice deve esaminare se tali motivi corrispondano esattamente e in ogni parte agli atti medesimi [34]; e tostochè gli sembri di no, non può valersi di quel parere come fonte di convinzione, ed anzi dee far presente ai periti l'incorso errore, e, se lo ripetono, rifiutar fede al loro giudizio.

31 Suppongasi, p. e., che i periti medesimi riconoscessero come insufficienti e malsicuri i principj scientifici e le esperienze indicate nei motivi, e nondimeno volessero dedurne un giudizio positivo.

32 P. e., se in caso d'infanticidio si esponesse come incerta, in ogni caso e sotto ogni condizione, la prova docimastica. Nuovo Arch. del dir. crim. VII, pag. 519.

33 P. e., se i periti dichiarassero che il bambino neonato era vivo.

34 P. e., il medico, in caso di veneficio, si è riportato alle deposizioni dei testimonj intorno a certi fenomeni della malattia; ma poi quelle deposizioni non erano nè esatte, nè fedeli.

Per quanto riguarda le perizie sulle quistioni d'imputabilità, oltre le regole sin qui esposte, gioverà averne presenti alcune altre [35]. E infatti si tratta d'un argomento intorno al quale può essere dato giudizio, non solo dai medici, ma anche da chiunque sia fornito di una educazione scientifica e conosca gli uomini; per modo che anche il giudice ha un diritto ampio ed indipendente, così di decidere sulla imputabilità, come di esaminare. il voto dei periti [36]. Qualora pertanto il giudice trovi che i periti han posto per fondamento teorie e massime erronee, p. e., circa il libero arbitrio: o che hanno valutate certe circostanze di fatto come dirimenti la imputabilità, laddove, secondo i più giusti principj della psicologia e del diritto, non lo sono [37]; egli non dovrà seguire il loro parere, siccome quello che è dedotto da false premesse. Talora i periti dichiarano non esservi morale imputabilità; ma chi non vede che in ciò trascendono i confini delle loro attribuzioni [38]? E invero essi han da giudicare soltanto se al tempo del fatto l'imputato abbia agito colla coscienza delle sue azioni, o, invece, in uno stato d'alterazione mentale che la avesse soppressa o profondamente turbata. Questa risposta concernente lo stato mentale, il giudice la dee poi confrontare col testo della legge positiva, per decidere, egli, se l'incolpato possa essere tenuto imputabile delle sue azioni. Chiaro è dunque che allorquando i periti formulano il loro parere colle parole: *non imputabile,* oltrepassano i confini delle loro facoltà; laonde i giudici non se ne devono accontentare, ma anzi insistere perchè diano un nuovo parere intorno alla quistione di puro fatto. Se poi anche quest'ultimo parere è manchevole, sotto l'uno o l'altro degli accennati aspetti, non sono tenuti a seguirlo [39].

Per tutto ciò, quando il parere contenga come certa una circostanza di fatto, la quale toglierebbe assolutamente

35 Vedi le opere citate nel § 140 della mia *Proc. pen. ted.*, nelle quali è trattata questa quistione, assai controversa.

36 Il Prog. di Reg. di proc. pen. del 1831 pel regno d'Annover, dice al § 198: La decisione relativa alla imputabilità è lasciata al criterio del giudice. (V. su di ciò il già citato processo Curti e la lettera del dott. Biffi nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, 31 agosto 1858 — A).

37 P. e., se i periti seguono una falsa teoria detta della *excandescenza furibunda*, o mania incendiaria (*piromania*).

38 Jarke, *Handb. d. deut Strafr.* (Man. del dir. pen. germ.), vol. I, pag. 169. — Waechter, gazz. crit. di Tubinga, vol. III, fasc. I, pag. 31.

39 Vedi la mia memoria nel giorn. di Hitzig. fasc. 3, pag. 248.

l'imputazione, il Tribunale, se appena gli resti ancor qualche dubbio sulla verità di quella asserzione, non può, nè deve giudicare imputabile l'accusato, in forza del principio generale che nel dubbio (e il dubbio scaturisce senz'altro dal contrasto tra le opinioni dei periti e quelle del giudice) dev' essere preferita l'opinione più mite. Che se all' incontro la circostanza asserita dai medici non è propriamente di quelle che escludono l'imputabilità, il giudice non avrà nessun riguardo al loro giudizio, che erroneamente dichiara non imputabile l'accusato, e deciderà secondo la sua convinzione giuridica, e secondo la legge 40.

† S' intende poi da sè che quanto s'è detto della libertà dei giudici di decidere, vale anche per i giurati (*a*) †.

Aggiunta dell'Autore nella traduzione francese.

Si va ogni giorno più riconoscendo dai giuristi che in Germania la teorica della prova per periti è assai meglio ordinata che in Francia, dove il codice d' istruzione criminale contiene regole affatto insufficienti. Lo dimostrarono ampiamente due dotti olandesi, massime per quanto riflette la medicina legale (*b*). Quel che v' ha di più censurevole, in Francia, sotto questo rapporto, è la mancanza di

40 Spesse volte i medici dichiarano che l'accusato commise il fatto mentre era in istato di piena ubbriachezza, e che perciò non è imputabile. Questo voto, per altro, non impedirà al giudice di applicare una pena almeno per titolo di *colpa*, cioè per azione od omissione colposa (*).

(*) Il Cod. pen. austr. dispone ai §§ 256 e 523, che se uno ha commesso un crimine in istato di piena ubbriachezza accidentale, il crimine in sè stesso cessa di esser punibile, ma si punisce invece l'*ubbriachezza* come contravvenzione. È facile vedere che questa è una sanzione di pura previdenza politica, poichè a rigore non si saprebbe giustificare l'applicazione di una pena, tanto più che il § 523 la volle proporzionata all'entità del reato commesso. Si noti poi che il traduttore palermitano fece dire all'Autore un concetto affatto diverso da quello che esprime il testo. Ivi si legge: *Dies* (cioè il voto dei periti, che l'ubbriaco non sia imputabile) *kann aber den Richter nicht abhalten doch eine Strafe der* CULPA *auszusprechen* (pag. 225), idea ben diversa da quella del traduttore palermitano: *Il giudice non si terrà al loro parere, e dichiarerà la reità* (pag. 181); dove l'aver omesso di tener conto della parola *culpa*, condurrebbe a credere che l'Autore volesse punite, come *dolose*, anche le azioni commesse da uno pienamente ubbriaco, il che sarebbe contro ogni principio di diritto — A.

(*a*) MITTERMAIER, Arch. di Goltd. I, pag. 305.

(*b*) V. l'eccellente libro dei fratelli VAN DER BRAECH, l'uno dei quali è medico e l'altro avvocato. Fu publicato a Utrecht nel 1845 col titolo *De Uitæfining der gerechtlijke Geneeskund in nederland.*

un medico legale per ogni circondario, officialmente nominato, e fornito delle necessarie cognizioni speciali. La scelta del perito, è, per conseguenza, abbandonata al procuratore del re (ora imperiale) od al giudice istruttore; donde avviene poi non di rado che quello chiamato non sia in realtà abbastanza capace. Così pure non vi sono in Francia quei collegi, ossia quegli istituti medici, ai quali poter sottomettere, il parere dei primi periti, per più ampio esame. Poi, qual è la posizione, quale il rango, che hanno i periti dinanzi alle corti d'Assise? Il codice non lo dice e dee supplirvi il potere discrezionale del presidente. Per ultimo, è a lamentarsi che gli studenti di diritto non siano in obbligo di fare un corso di medicina legale: poichè, divenuti magistrati, è spesse volte impossibile che essi comprendano l'importanza della tale o tal altra particolarità: che propongano i quesiti opportuni: che esaminino da loro stessi il parere dei periti, e che si formino, dopo questo esame, una opinione loro propria. Certo, v'hanno in Francia non pochi scrittori illustri in questa materia, e i lavori di Orfila, Devergie, Olivier d'Angers, e di altri, son giustamente stimati in Germania; ma lo sono poi ugualmente in Francia?

In Germania ogni studente di diritto ha il dovere di assistere anche a un corso di lezioni di medicina legale; per modo che entra negli impieghi giudiziarj meglio preparato. In ogni tribunale, e per tutto il circolo della sua giurisdizione, avvi un medico legale d'ufficio, stipendiato dal Governo, che vien sempre chiamato a dare il suo parere nei casi in cui si presenta una quistione che interessa la scienza. In ogni provincia poi, avvi un collegio, o per lo meno un relatore medico, al quale si mandano i pareri del medico legale d'ufficio, quando il giudice non ne sia pienamente convinto. Finalmente, nel capoluogo del Governo avvi un collegio medico superiore, composto dei medici più eminenti per dottrina, i quali son chiamati a dare il loro giudizio definitivo, quando le difficoltà ed i dubbj non siansi potuti appianare. È facile vedere quanta autorità provenga alle perizie da queste instituzioni (*).

(*) Nel Regno Lombardo-Veneto, come si è già notato più volte, il collegio superiore dei periti, per le quistioni mediche, chirurgiche o chimiche, è la facoltà medica delle due Università di Pavia e di Padova. Una commissione eletta nel suo seno, espone il suo parere motivato, e il Direttore della facoltà poi vi aggiunge anche il suo voto. — A.

PARTE QUARTA.

DELLA CONFESSIONE DELL' IMPUTATO

CAPITOLO XXXI.

Genesi della prova per confessione.

Chi consideri le opinioni del popolo circa la confessione, s'accorge facilmente che il convincimento della reità d'un accusato, è allora in sommo grado profondo e sicuro, quando sia noto che l'accusato istesso ha confessato pienamente la sua colpa [1]. Ma non già una confessione qualunque, sibbene una certa specie soltanto, è quella che convince; ed a nessuno verrebbe in mente di condannare una persona la quale si presentasse spontaneamente in giudizio e dicesse d'avere, sei anni prima, ucciso un uomo; perocchè noi non ci sentiamo tranquilli se non quando vediamo un accordo tra la confessione e tutte le altre circostanze di fatto, e troviamo nell'imputato quel contegno che corrisponde all'idea che noi ci facciamo, d'un uomo spinto dalla coscienza a manifestare la verità [2].

Tutto ciò svela l'idea comune che è: il reo essere

(1) Anche in Francia si nota che i giurati i quali hanno dichiarato colpevole un accusato, si sentono del tutto tranquilli, quando vengono in cognizione che egli stesso ha poi confessato il suo delitto (Ciò dimostra che l'uomo è sempre diffidente di sè stesso, dico l'uomo in generale, e che ben sente qual grave fardello sia la sorte altrui affidata al suo puro intimo convincimento — A.).

3 Carmignani, *Teoria,* vol. IV, pag. 131-149 (Lib. iv, c. viii).

portato a confessare dalla sua stessa coscienza, la quale tormenta i malfattori [3].

Vi furono nondimeno scrittori, antichi [4] e moderni [5], i quali sostennero, per lo contrario, che ogni confessione è un avvenimento contro natura, poichè l'istinto naturale chiude la bocca al reo, ed ogni uomo sano di mente fugge quelle situazioni in cui incontrerebbe mali sensibili; per la qual cosa un fatto, per mezzo del quale egli stesso spontaneamente si sottopone ad un male, non può altrimenti qualificarsi che l'effetto di una alterazione mentale, o del disgusto della vita. Suolsi altresì sostenere che queste opinioni erano generalizzate presso i Romani [6], e che lo stesso diritto romano considerava la confessione come un atto contro natura. Ma tutto questo non è vero; poichè il passo di Quintiliano, qui citato, si spiega col caso speciale di cui parla, d'un pazzo, cioè, che aveva fatta una confessione (di parricidio) sul fondamento della quale il giudice voleva condannarlo; cosa che Quintiliano pone in ridicolo con forti colori [7].

† Non sarà qui fuori di luogo avvertire che nel far uso dei classici latini è d'uopo andare assai cauti, e guardarsi principalmente dal concludere che una cosa si facesse in pratica, per ciò solo che la si trova negli scrittori (*a*). Apparisce dalle fonti del diritto romano che fin dai primi tempi davasi gran peso alla confessione dell'accusato; se non che durante la Republica non impiegavasi ancora alcun mezzo coattivo per estorcere la confessione, e i soli schiavi potevano essere sottoposti alla tortura (*b*). Che anzi, siccome tro-

3 Heinroth, Giorn. d'Hitzig., fasc. 41, pag. 37, e fasc. 42, pag. 264.

4 Filangieri, *Scienza della Legislazione*, lib. III, c. X. — Risi, *Animadvers. ad jus crim*, pag. 20.

5 Meyer, *Esprit, origine*, ecc., lib. VI, cap. 12.

6 Si invoca il passo di Quintiliano nelle declamaz.; n.° 513, 514: *Ea natura est omnis confessionis ut possit videri demens qui confitetur de se: hic furore impulsus est, alius ebrietate, alius errore, alius dolore, quidam quæstione. Nemo contra se dicit, nisi aliquo cogente.*

7 Ne trattò molto bene Nicolini. *Proc. pen.* P. II, vol. I, pag. 250.

(*a*) Per conseguenza ebbe torto Filangieri di attribuir tanto valore al passo di Quintiliano; che anzi nella *Instituzione oratoria* (Lib. V, cap. 13, n.° 5) Quintiliano istesso ammetteva la pratica efficacia della confessione. Dice persino che sarebbe ridicolo dar dei precetti sul modo di far le difese dei confessi: *Apud judices quidem, secundum legem dicturos sententiam, de confessis præcipere ridiculum est.* L'altro passo che abbiam più sopra riportato, venne assai bene confutato da Winspeare nell'ottima sua opera *Delle confessioni spontanee*, Napoli 1840, pag. 93.

(*b*) Wasserschleben, *Historia quæst. per tormenta*, pag. 14. — Geib, *Geschichte des röm, criminal. proc.*, pag. 138.

viamo nei retori che allorquando l'accusato avesse confessato ogni cosa, il suo difensore faceva uso d'una determinata specie di orazione, cioè della *deprecatio* (*c*), nella quale mostrava che l'accusato, sebbene confesso, non doveva esser punito in alcuna maniera (o per suoi meriti speciali, o per moltissime circostanze mitiganti), così possiam credere che allora la confessione avvenisse di frequente, e che si reputasse perfino superfluo qualsiasi altro atto di procedura, e in ispecie la produzione delle prove dell'accusa (*d*). Durante l'Impero, mutate le idee, la tortura si applicò anche ad uomini liberi (*e*), per modo che i giureconsulti trovarono necessario di proclamare, e gli imperatori di fortemente insistere (*f*), che non si condannasse alcuno sul fondamento d'una confessione, se questa, diligentemente ponderata, non apparisse meritevole di tutta fede (*g*) †.

E del resto non è dessa una idea che contradice alla vera natura dell'uomo [8], quella che la confessione ripugni all'indole sua? La voce della ragione non tace giammai; il delitto separa in due l'animo del reo; ma questi non giunge mai a ridurre al silenzio il grido della sua coscienza; ed anzi non trova altro mezzo per ottenere l'interna quiete, fuorchè deponendo il peso della sua reità, sotto il quale si trova oppresso, col prestare orecchio alla voce del vero e confessare la sua colpa; meglio è per lui sottoporsi alla pena, conseguenza del suo misfatto, che non sopportare più a lungo l'interno tormento [9]. Una lunga esperienza

(*c*) Cicero, *De Invent*, Lib. I, cap. 11: *Deprecatio est, quum et peccasse et consulto peccasse, reus se confitetur, et tamen, ut ignoscatur, postulat.* — Vedi anche *Auctor ad Herenn.*, Lib. I, cap. 14.

(*d*) Geib, op. cit., pag. 336.

(*e*) Vasserschleben, pag. 66.

(*f*) Leg. 1, § 17 Dig. *De quæst.* (XLVIII. 18): *Divus Severus rescripsit, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.*

(*g*) La stessa cosa proclamarono i Padri della Chiesa, p. e., Tertulliano, Apolog. cap. 2. — Vedi Geib, pag. 612.

8 Si noti però che taluni van troppo lungi sostenendo che vi sia una forza interna che spinge a palesare la verità, e conseguentemente alla confessione. Cremani, tra gli altri, nel suo *Jus crim.* Lib. III, cap. 27, § 12.

9 Bentham, *Traité des preuves* 1, pag. 354 (*).

(*) Queste medesime idee furono largamente sviluppate da Giorgio Economu nella diss. inaug. intitolata *De confessione criminis, observationes quædam*, Heidelberg, 1858: « Causa efficiens intima confessionis criminalis est sine dubio conscientia, quæ maleficum summa necessitate urget, se a mysterio maleficii, quod tamquam onus eum opprimit, liberare, et se ipsum judici puniendum offerre atque tradere (pag. 21). Processus vero,

insegna che l'accusato negativo presenta tutti i caratteri dell'uomo turbato ed oppresso; laddove, quando ha confessato, tutto in lui palesa l'interna quiete d'una coscienza più tranquilla e confortata. Ed anche se non confessa, avviene non di rado ch'egli sia condannato precisamente pel suo contegno dinanzi ai giudici, poichè non può ad altro attribuirsi che alla coscienza della reità un certo modo di rispondere alle contestazioni degli indizj e delle prove, che dir si potrebbe una tacita confessione [10].

Per tutte le premesse considerazioni, è forza attribuire singolare importanza alla confessione. Essa è quella dichiarazione dell'accusato, colla quale egli espone come vera una circostanza di fatto pregiudizievole a lui stesso, in una accusa che gli fu mossa [11]. Ciò non pertanto la confessione è da risguardarsi sotto diverso aspetto, secondo la diversità delle forme di procedura.

qui in maleflci animo oritur, sese indicat discordia illa, quæ nascitur inter facinus et legem, conscientiam et ipsam rationem. Maleficus optat quietem illam conscientiæ, qua ante facinus utebatur, recuperare.... (p. 25). — La religione cristiana poi, colla dottrina della remissione dei peccati, fece conoscere la natura nobilissima della confessione, che ne è la conseguenza, come atto necessario per ritornare alla virtù. « Il rimorso, dice Manzoni nelle sue profonde *Osservazioni sulla morale cattolica* (cap. VIII), quel sentimento che la religione con le sue speranze fa diventar contrizione, e che è tanto fecondo in sua mano, è per lo più o sterile o dannoso senza di essa. Il reo sente nella sua coscienza quella voce terribile: non sei più innocente; e quell'altra più terribile ancora: non potrai esserlo più; e riguardando la virtù come una cosa perduta, sforza l'intelletto a persuadersi che se ne può far di meno.... Ma per lo più quelli che vanno dicendo a sè stessi che la virtù è un nome vano, non ne sono veramente persuasi: se una voce interna loro annunziasse autorevolmente che possono riconquistarla, la crederebbero una verità, o, per dir meglio, confesserebbero a sè stessi d'averla, in fondo, creduta sempre tale. Questo fa la religione, in chi vuole ascoltarla.... » Or chi dirà più, dopo queste parole dell'illustre scrittore, che la confessione sia un atto contrario all'umana natura? — A.

10 Così pensa anche Heinroth, nella mem. cit. (Chi ha assistito a qualche dibattimento penale è convinto della verità di questa osservazione, e avrà notato che quando l'accusato non ha la forza di opporsi alle prove nè di confessare la reità, si perde in eccezioni secondarie contro i testimonj, quasi sfuggendo di toccare l'argomento principale — A).

11 Circa la confessione vedansi in ispecie: Heinecius, *De religione judicant. circa reor. conf. in opusc. exerc.* 17 — Willemberg, *De inefficaci crim. confess.* Gedan. 1721. — Hagenbruch, *De effectu confess. in crim. Lips.* 1739. Verburg, *De confess. rei et revoc.* Amstel. 1794. — Kleinschrod, vecchio Arch. del Dir. Crim., vol. V, fasc. 4 n.° 3. — Tittmann, *Ueber Geständniss und Widerruf in Strafsachen* (Della confessione e della revoca di essa nei processi penali) Halla, 1810. — † Abegg, *Histor pract.* Abhandl. III — Winspeare, *Delle confessioni spontanee*, Napoli, 1840. — Kitka, *Beweislehre* (Teoria della prova). — Jagemann, nel Lessico legale di Weise, vol. IV, pag. 786. — Brauer, nel giorn. di Jagemann, nuova serie II,

A torto poi si vorrebbe dubitare che sia un mezzo di prova [12]; poichè se si potè dubitarne nel processo civile per effetto d'una idea troppo ristretta dei mezzi di prova; e se potè dirsi che quando v'ha la confessione il contradittorio è superfluo, essendo le prove destinate a stabilire il vero nei fatti *controversi;* — nel processo penale invece la confessione è per lo meno un mezzo col quale il giudice si procaccia il convincimento, accettando per veri i fatti che il reo confessa [13]. V'ha gran differenza tra la confessione considerata come mezzo di convincimento nel processo penale, e la ricognizione od ammissione del processo civile. E in vero, nel processo civile l'acquiescenza della parte è la base della decisione; se una parte può liberamente disporre del suo danaro e donarlo, può anche fare una confessione non vera, riconoscendo, p. e., le pretese del suo avversario e rinunziando ai proprj diritti; ma nel processo penale l'acquiescenza non basta; e dovendosi cercar di raggiungere la verità assoluta, l'inquirente è in obbligo di porre in chiaro con ogni diligenza i fatti confessati, con tutte le loro circostanze particolari, allo scopo di constatare se l'accusato abbia fatta una confessione veritiera. Di qui viene che la nuda dichiarazione dell'imputato d'aver commesso un reato, non può bastare per il

pag. 115. — Brugnòli, *Della cert. e prova crim.* P. II, c. II. (Questo autore però accede all'opinione di Filangeri. Accennando poi a taluni scrittori i quali han sostenuto doversi eliminare dai criminali giudizj la confessione dei rei, e non doversi neppure sentire, ripugnando troppo il volere che uno si renda accusatore di sè medesimo, cita anche (pag. 178, nota 1) il chiarissimo Sclopis, nella sua *Storia della legislaz. ital.* cap. VI. In ciò sembra che l'egregio Brugnòli abbia preso un equivoco, poichè in quel capo VI (del vol. I), l'Autore non parla della confessione se non per far palese l'errore in cui caddero i giureconsulti ed i giudici, quando per acquietare la loro coscienza, a cui ripugnava il convincimento meramente giuridico, sostituito dalla legge al morale, stabilirono l'assioma che nessuno potesse essere condannato a pena ordinaria, se egli stesso non si riconoscesse colpevole del reato imputatogli; e posta la necessità della confessione, ricorsero all'orrendo mezzo della tortura per ottenerla. Ed anzi l'illustre Sclopis, non che escludere la confessione dalle prove, disse: « Pareva che si dimenticasse che la confessione non è che una fra le molte specie di prova. » (pag. 208). — A).

12 V. la mia *Proc. pen. ted.* § 154.

13 Non si può pertanto ammettere la ragione per la quale Mathæi, nega che la confessione abbia la natura di una prova: *De Crimin.* XLVIII, tit. 15, cap. 7, n.° 2 — (Forse l'argomentazione di Mathæi non è da censurarsi che per poca solidità, poichè egli dice: *Confessio non tam probatio est quam relevat accusatorem onere probandi. Habetur enim confessus pro convicto. Igitur vere convictus non est.* Ma ove si consideri la osizione in cui è il giudice, che ha bisogno di procacciarsi un convinci-

giudice penale (*); che anzi la confessione acquista forza di prova solamente quando sia accompagnata da molte condizioni e premesse. Ben è vero che, giusta i principj della percezione sensibile, la confessione ha il carattere d'un mezzo di prova ordinaria, risolvendosi nella testimonianza d'una persona, che depone di fatti a lei stessa avvenuti [14]: ed è tanto più degna di fede perchè ne fu il principale personaggio e ne conosce ogni particolarità; nondimeno il confesso è pur sempre testimonio in causa propria; laonde sì per questa ragione, e sì per essere sotto il peso d'una imputazione, non apparisce meritevole di alcuna credenza. Solo le circostanze particolari del fatto son quelle che possono dissipare ogni dubbio sulla credibilità del reo confesso, dimostrando che fu veritiero.

La convinzione del giudice nasce qui da una serie di presunzioni. E infatti ci si presenta, prima d'ogni altra, la considerazione che l'imputato parla contro il proprio interesse [15], e sa che, confessando, si attira le pene, minacciate al suo delitto; e questo solo fa scomparire quella solita eccezione con cui si nega fede a chi fa testimonianza in causa propria; perchè vi dev'essere una preponderante ragione per agire in modo sì straordinario, qual'è appunto il sottoporsi spontaneamente a dei mali. Or noi non possiamo vedervi [16] che od una aberrazione della mente la quale crea una colpa per trovare la morte; od una maliziosa combinazione, immaginata allo scopo di conseguire certi vantaggi, colla finzione d'aver commesso un misfatto [17]; oppure il desiderio di sottrarre altri dalla pena [18]; o, finalmente, la forza interna della coscienza che

menlo, e si pensi che i mezzi per ottenerlo sono appunto quelli che diconsi prove, è chiaro che *per lui* la confessione del reo è una prova come lo è la testimonianza, nulla importando che il reo sia dimostrato tale ad onta della sua negativa o colla sua stessa ammissione — A).

(*) Nel Cap. XXXV in cui si parla della confessione rispetto alla prova dell'ingenere, cioè della essenza di fatto, avremo occasione di fare alcune osservazioni e di riferire qualche notevole esempio — A.

14 Giurisprud. del Trib. d'App. di Parchim, P. I, pag. 76.

15 Leg. 25, § 11 Dig. ad leg. Aquil. (IX. 2): *Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse, Julianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse.* — Leg. 56 Dig. De re judic. (XLII. 1) *In jure confessi pro judicatis habentur.*

16 Kitka, *Del riconoscimento del fatto*, pag. 120.

17 P. e., uno condannato al carcere in vita dichiara d'aver commesso altro misfatto in luogo lontano, sperando d'esservi condotto e di avere così una qualche occasione di fuggire.

18 P. e., qualche parente od amico, vero autore del fatto (Vedi indietro la nota (*) a pag. 101).

sospinge il reo. Se dunque una diligente indagine dimostra che nel caso concreto non può esservi stata alcuna delle tre prime ragioni; se è fuor di dubbio che il confitente è in istato di mente sana, e che niun vantaggio poteva egli ripromettersi dalla confessione; egli è ovvio che la confessione dovrà attribuirsi, come a causa naturalissima, all'impulso irresistibile della coscienza.

Noi crediamo tanto più facilmente ad un confesso, quanto più il modo con cui espone le cose [19] ci dimostra ch'egli conosce l'importanza delle conseguenze, a cui va incontro; per modo che non sia da mettere punto in dubbio la sincerità delle sue deposizioni; come se, p. e., egli le fa dinanzi al Tribunale competente che lo deve punire, o dinanzi al giudice sugli atti del quale dee poi proferirsi la sentenza.

Altro argomento di fiducia nella confessione, consiste nel modo con cui l'accusato fu condotto a confessare. Quanto più il giudice si è limitato a porgergli negli esami l'occasione, e non altro che *l'occasione*, di dichiararsi circa i fatti dell'accusa; e quanto più egli s'è guardato dal far sorgere codesta occasione col mezzo di domande suggestive, alle quali l'esaminato non avesse che a rispondere affermativamente; tanto è maggiore la fiducia che merita la confessione, siccome quella che può giustamente considerarsi una riproduzione dei fatti che la coscienza dovette manifestare, suscitata dall'esame giudiziale. Che se poi nel fare una tal confessione tutto il contegno ed il modo di esprimersi palesa l'interna condizione dell'animo [20], e il sincero pentimento dell'ingiusto fatto commesso, e l'ango-

19 Bentham, *Traité des preuves*, II, pag. 352.

20 Di qui l'importanza di accennare nel protocollo d'esame (come è stabilito nel processo comune tedesco) quale fu il contegno dell'esaminato, poichè in tal modo anche quei giudici, che non furono presenti all'esame, son posti in situazione (benchè, al certo, assai incompiutamente) di conoscere le qualità personali dell'imputato. Vedi la mia mem. nel nuovo arch. del dir. crim., vol. I, n.° 12. (Queste descrizioni sono ingiunte anche nel Regolamento austriaco di proc. pen., § 179: « Se all'occasione di una domanda o risposta si osservi nell'interrogato una particolare commozione d'animo, o visibile agitazione, se ne farà annotazione nel protocollo, secondo la vera loro indole. » Ma questi cenni perdono quasi ogni importanza nel processo orale, dal momento che i giudici decidenti devono vedere personalmente e sentire l'accusato. Nel processo scritto poi sono, oltrechè insufficienti, pericolosi; poichè il malvagio consumato nei misfatti, avvezzo a fingere ed a domare i moti esterni e gli impulsi dell'animo, sa facilmente trarre in inganno il giudice mostrando calma e freddezza anche nei momenti più solenni e decisivi. — A).

scia dell'oppressa coscienza che cerca sollievo nella confessione; quanto non è più forte la presunzione che il reo confessi il vero!

Sopra tutto poi la ragione che va in traccia della verità assoluta, cerca un nuovo argomento, in prova della verità della confessione, nel fatto che, anche per altre vie, i fatti confessati si riconoscano veri, e che il confitente sia in grado di palesare tali particolarità, le quali niuno potrebbe conoscere, tranne il colpevole [21]. Quando adunque egli indica con precisione la qualità ed il numero delle lesioni, che si trovarono infatti sul cadavere; quando lo stromento ch' egli dice d' aver adoperato, s'attaglia esattamente alle lesioni, e simili, bisognerebbe immaginare uno straordinario concorso di circostanze per ammettere come cosa possibile che l'imputato, anche senza aver commesso il fatto, somministrasse tutte quelle minute indicazioni.

E finalmente noi troviamo un grande argomento di credibilità, nella fermezza [22] colla quale in diverse volte e sotto diverse impressioni, il confitente racconta i fatti nell'identico modo, tenendosi sempre alle prime sue deposizioni; perocchè questo dimostra aver egli per base del suo racconto il vero; laddove chi mentisce si scopre da sè stesso ben tosto, mutando qualche minima circostanza ne' suoi ripetuti racconti.

Ecco pertanto che il nostro convincimento sulla verità dei fatti confessati, non sorge da una nuda confessione qualunque, ma piuttosto da una catena di supposizioni dedotte dalle secolari esperienze sulla natura dell' uomo, e sul modo suo di agire (*); colla guida delle quali noi confrontiamo le cose confessate colle altre notizie già verificate nel processo, e ne concludiamo finalmente che siano vere, perchè ci persuadiamo che il confitente abbia voluto dire la verità.

21 C. C. C., art. 55.

22 C. C. C., art. 91.

(*) Le parole del testo: *und über das Benehmen der Menschen* (p. 255) ci par che alludano propriamente al modo con cui gli uomini in generale si comportano nelle loro azioni; e non soltanto all'atteggiarsi delle fisonomie, come intese il traduttor francese colla frase: *presomptions tirées du jeu des physionomies* (p. 246) voltata poi in italiano dal trad. di Palermo colle parole *presunzioni tratte dall' osservazione quotidiana.... del modificarsi delle fisonomie secondo le passioni* (pag. 187). L'illustre Mittermaier non volle al certo attribuire ai giudici la scienza di Lavater, nè far dipendere dagli incerti suoi principj la sorte degli accusati — A.

† Non possiamo però disconoscere che per valutare giustamente la confessione è necessaria una grande circospezione. L'esperienza, anche di questi ultimi tempi, ha dimostrato che ben di frequente non può darsi fede all'imputato confesso; e non soltanto perchè egli sia mosso da una alterazione di mente o da fanatismo (*a*); ma anche perchè può aver desiderato di togliersi da una situazione penosa, (*b*) o di sopire un reato maggiore, confessandone uno minore non commesso, o perchè un errore (*c*) può averlo indotto a fare una confessione non vera (*d*) †.

CAPITOLO XXXII.

Indole e valore della prova per confessione, secondo le diverse legislazioni ed i diversi principj di procedura penale.

Come ogni altra parte del processo penale, così anche la teorica della confessione vien modificata a seconda che il processo medesimo sia inquisitorio od accusatorio. Giusta il principio d'accusa è necessario che sorga un accusatore, il quale faccia una diretta incolpazione contro una determinata persona, e si assuma, per conseguenza, il debito di provare la sua accusa. Il processo si risolve allora in una produzione di prove da parte sì dell'accusatore che dell'accusato, e in uno sforzo d'ambidue di guadagnare il convincimento del giudice. Anche gli esami dell'accusato assunti dal giudice, consistono quì in una aperta e diretta manifestazione dei diversi capi d'accusa e dei motivi d'ognuno di essi, allo scopo di dare opportunità all'accusato di fare le sue dichiarazioni. Tutti quegli sforzi che suol fare l'inquirente, con domande astutamente predisposte, allo scopo di costringere l'inquisito a confessare,

(*a*) Vedi un caso notevole nelle cause celebri di Carmignani, Pisa 1842.

(*b*) Così accadde una volta in Baviera, che, trovandosi molti condannati in una casa di pena troppo angusta, uno confessò d'aver commesso un reato più grave, unicamente per uscire da quel luogo, che era destinato ai rei di delitti minori.

(*c*) In un caso avvenuto l'imputato confessava di avere appiccato il fuoco a una casa. Egli lo aveva veramente tentato; ma poi s'addormentò, e svegliandosi mentre la casa era in fiamme, doveva credere d'essere egli stesso stato l'autor dell'incendio, poichè ignorava che mentre egli dormiva, un altro aveva dato il fuoco alla casa.

(*d*) Brugnòli, op. cit., § 211, pag. 189 — Winspeare, op. cit., p. 42.

sono estranei al processo d'accusa. L'idea dominante è, all'incontro, che ogni coazione per far confessare è una ingiustizia, e che la confessione istessa è un atto contrario alla natura; che l'accusatore è in obbligo di somministrare la prova delle sue asserzioni, indipendentemente da qualunque ammissione dell' accusato, e di cercare, anzi, egli stesso, tutti i materiali costituenti tal prova, senza far conto di una qualsiasi speranza che l' accusato confessi la sua reità. Quand' anche poi nel processo d' accusa sia avvenuta la confessione, questa vien giudicata colle norme del processo civile, e la si considera soltanto come un mezzo che toglie ogni controversia circa l' asserzione dell' accusatore. Non occorre nemmeno più di esaminare se ciò che si confessa sia verosimile, dappoichè e l'accusatore e l'accusato si presentano come due forze intellettuali, che si combattono a vicenda, laonde è superfluo domandar altre prove all' accusatore, dal momento che il suo avversario istesso dimostrò, colla sua confessione, essere giuste le cose contro di lui asserite.

Affatto diversa è l' idea che dobbiamo farci della confessione nel processo inquisitorio. Siccome in esso si tende a conseguire, con ogni possibile mezzo lecito, tutta quella verità assoluta a cui l' uomo può giungere, così la confessione deve occupare, per le ragioni indicate nel capitolo precedente, un posto precipuo tra i mezzi adoperati a scoprirla. E ciò a tanto maggior ragione, in quanto che nel processo inquisitorio non sorge nessuno ad accusare direttamente e precisamente una data persona, ma è l' inquirente che insistendo sui fatti che sembrano contenere una incolpazione, e procedendo cauto e peritoso, analizza con tutta la possibile diligenza le fonti di prova, e se ne vale a rintracciare quei materiali con cui il giudice decidente è messo in grado di giudicare se l'incolpazione sia vera. Gli esami dell' imputato, al quale sommamente importa di conoscere l'oggetto della sua imputazione, son diretti per modo da offrirgli l'occasione di dare su di essa i suoi schiarimenti, e di offrire al giudice gli elementi per valutare la vera entità morale degli indizj che stanno contro di lui. E siccome la confessione dell' imputato è il mezzo precipuo per accertare l'imputazione, e il giudice fa assegnamento sulla forza che ha la voce della coscienza, di costringere il reo a palesare la sua colpa, così quegli esami hanno senz'altro tale impressione sull' animo dell'inquisito,

che da un lato ne resta accresciuta la forza della coscienza, che lo spinge ad esser sincero, e dall'altra è scemata quell'influenza che potrebbe avere il raziocinio, consigliando a mentire; il che tutto produce la conseguenza che l'esaminato non sa più resistere all'impulso che prova di dire la verità.

Dalle premesse considerazioni scaturiscono di per sè le norme, secondo le quali dev'essere guidato l'esame [1]: l'innocente non può soffrirne pregiudizio, poichè ad ogni eccitamento a confessare egli oppone non più che una tranquilla negativa, o si giustifica coll'addurre i veri fatti [2], il che basta per abbattere tutta l'incolpazione. È necessario che i fatti siano obbiettati uno per uno, e grado a grado [3], affinchè l'inquisito possa, sopra ognuno di essi, manifestare il vero. Le domande devon essere accomodate all'indole e capacità individuale dell'interrogato, per poter trar profitto ad ogni istante della disposizione a confessare. È poi altresì necessario, nell'interesse del vero assoluto, di evitare il pericolo che anche un innocente, sol perchè ammette i fatti che gli vengono apposti, possa essere considerato colpevole; e per conseguenza si eviteranno tutte le domande suggestive o capziose (*).

Scorgesi adunque che la confessione è assai più importante nel processo inquisitorio che nell'accusatorio; ma perchè il giudice ne tragga il suo convincimento non basta che consista in una nuda dichiarazione; sibbene dev'essere accompagnata da tutte quelle condizioni di credibilità che furono (in parte) esposte nel precedente capitolo (e da quelle che verranno esposte nei successivi).

1 *Proc. pen. ted.*, § 18. (Nel Reg. austr., come anche nel precedente Cod. pen. del 1803, questo interrogatorio prende il nome particolare di *costituto*. Vi hanno giudici inquirenti e presidenti che palesano una specialissima capacità nell'ordire e condurre i costituti. Se non che accade talora di trovarvi troppo evidente l'idea preconcetta, intorno alla quale vanno armeggiando le argomentazioni e i dilemmi; quella non è al certo l'occasione di far pompa di dialettica, poichè può accadere che ne soffra la causa della verità. Potremmo addurre qualche esempio; ma i pratici non ne hanno bisogno — A).

2 Dicendo, p. e., dove egli si trovasse nel momento in cui fu commesso il reato.

3 Carmignani, *Teoria*, vol. IV, p. 65, 134 e 151 (Lib. IV, c. V, VIII e IX).

(*) Reg. austr., § 176: « Si eviteranno onninamente le domande colle quali si suggeriscono all'imputato circostanze di fatto, che si tratta appunto di stabilire mediante la sua risposta (domande suggestive). » Nel cap. XXXIV, si parlerà particolarmente di tali domande e della differenza tra le *suggestive* e le *capziose* — A.

† Vedesi inoltre quali e quanti pericoli presenti il processo inquisitorio, poichè gli sforzi del giudice onde ottenere la confessione possono indurlo facilmente a trascendere fino ad esporre all'inquisito circostanze non vere od a far domande capziose, per le quali si trovi ridotto ad ammettere qualche fatto insussistente. La qual cosa può tanto più accadere quando il giudice inquirente, per un eccesso di zelo, si permetta di illudere, far promesse o minacce, od anche di adoperare mezzi coattivi. Infino a che durò la tortura si fecero molte false confessioni; ma anche quando fu abolita, non cessarono ancora i pericoli, poichè le legislazioni concessero al giudice di sottoporre a castighi corporali (sotto il nome di *pene di disobbedienza* (*a*)) quell'imputato che si fosse rifiutato di rispondere od avesse addotte menzogne o contraddizioni; il che avvenne, p. e., in Germania dopo l'abolizione della tortura. Ma anche senza di ciò è facile provocare una confessione non veritiera, od allungando l'arresto d'inquisizione, od inasprendolo (*) †.

In tale diversità di opinioni, a seconda che si segua il principio accusatorio o l'inquisitorio, era ben naturale che dovessero apparire divergenti anche le disposizioni del diritto comune. E infatti nell'antico processo penale romano, in cui dominava soltanto il principio d'accusa, non poteva accadere che il giudice s'adoperasse per ottenere la confessione dell'accusato, poichè toccava già all'accusatore l'obbligo di provare la sua accusa. Tuttavia non mancano esempi che dimostrano essersi considerata la confessione come un sufficiente argomento di convinzione [4]. Divenuto più frequente, sotto gli imperatori, l'uso della tortura, e insinuatisi nel processo parecchi elementi inquisitorj, anche la confessione acquistò maggiore importanza [5];

(*a*) Vedi la mia *Proc. pen. ted.* — § 82, e la nota nel presente volume a pag. 4.

(*) Anche di ciò parlerassi nel Cap. XXXIV e nelle note relative, dove sarà riferita, con qualche osservazione, la legislazione austr. — A.

4 Sallust. *Catil*, cap. 31. Nicolini, *Proc. Pen.*, P. II, vol. 1, p. 228.

5 Leg. 8, *Cod.* Ad leg. Jul. de vi pub. vel priv. (IX, 12): « Servos, qui fecisse violentiam confessionibus testium *aut propriis* docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. » Leg. 16, *Cod.* De pœnis (IX, 47): « Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii, vel homicidii, vel maleficii crimen, *aut sua confessione*, aut. *ecc.*, conviclus sit.

che anzi si nota che già fin d'allora i giureconsulti sentirono la necessità di ponderare la credibilità della confessione [6], senza che però si procedesse fino a creare una teoria legale di prove; e l'opinione generale si era che la confessione costituisca, anche da sola, un mezzo sufficiente di prova [7].

Ancor più importante diventò la confessione nel diritto canonico [8], poichè questo proclamò il principio della emendazione e del miglioramento, e ravvisando nella confessione un segno di pentimento e di sommissione alla pena, cercò di ottenerla. Al che s'aggiungeva che nel diritto canonico dominava il principio inquisitorio, il quale già per sè stesso conduceva alla conseguenza che il giudice avesse a cercare con ogni sforzo la verità materiale, e perciò anche la confessione dell'accusato. E quanto più si diffondeva l'uso della tortura, tanto più s'accresceva il valore della confessione.

L'ordinanza criminale di Carlo V si fonda anch'essa sul principio che il giudice cerchi di ottenere la confessione del reo, la quale è ivi considerata come un mezzo precipuo di prova [9]; non senza disconoscere però che non è l'unico, e che per conseguenza anche il reo negativo può essere

6 Così suonano le parole della Leg. 8 Dig. *De confessis* (XLII, 2): « Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum sit. » — Leg. 1, § 24 Dig. *de S. C. Silaniano* (XXIX, 5): « Illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. » — Leg. 1, § 4, 17, Dig. *De quæst.* (XLVIII, 18).... « Non utique in servi unius quæstione fidem rei costituendam, sed argumentis causam examinandam » (rescripserunt divi fratres). La leg. 23, § 11 *ad leg. Aquil.* (IX, 2) fu già riferita a pag. 284.

7 Leg. ult. Cod. *de probat.* riferita a pag. 11, nota 13, del presente volume.

8 Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 137 (Lib. IV, c. VIII). « Le idee del foro penitenziario (dice l'Autore) hanno abituate le menti a considerare la confessione, come una specie di sommessione, che l'infrattor della legge fa a chi ha in mano la forza, onde non è da maravigliare, che la inquisizione ecclesiastica, allorchè esercitavasi coll'ajuto della forza publica, aspirasse di sua natura a questo atto... » Queste parole del chiarissimo scrittore, e quelle del nostro Autore, colpiscono, ed a ragione, quella indebita coazione che si esercitava dai giudici del sistema inquisitorio canonico, onde obbligare alla confessione, senza accorgersi che cessando d'esser spontanea, cessava anche d'esser virtuosa e degna di fede. Ben diverso è dunque l'aspetto sotto il quale van prese le parole di Carmignani, a paragone di quelle riferite più indietro dell'illustre A. Manzoni, il quale considerò l'intima natura della confessione, e non già gli sforzi del giudice per ottenerla. Vedansi, del resto, nell'altro suo scritto sapientissimo *Storia della Colonna infame*, molte osservazioni in proposito — A.

9 Art. 22, 62, 69 C. C. C.

convinto con altre prove. Inoltre le prescrizioni della Carolina tendono tutte ad imporre al giudice il dovere, nell'atto che va in cerca della confessione [10], di indagare ed esaminare attentamente se sia pienamente degna di fede [11].

La pratica dei tribunali tedeschi seguì queste idee, conseguente alla massima di rintracciare la verità materiale; e la teoria che ne provenne introdusse condizioni spesso soverchiamente rigorose, per allontanare il pericolo, a cui era pur troppo esposto un innocente, che il giudice accettasse con troppa facilità una confessione qualunque siccome una prova.

Anche nelle moderne legislazioni convien guardare se domini il principio d'accusa o quello d'inquisizione; non dimenticando, per altro, quel che abbiamo altrove notato, che il processo d'accusa odierno non è il puro processo d'accusa degli antichi; e che nella mischianza dei due elementi, l'inquisitorio si palesa anche in quelle legislazioni, che a prima giunta sembrano foggiate secondo il principio d'accusa. Non v'hanno che le leggi processuali d'Inghilterra e dell'America settentrionale, che si mantengano più strettamente fedeli al principio d'accusa. Esse impongono all'accusatore il dovere di raccogliere le prove dell'accusa; e considerano la confessione come cosa sì straordinaria e contro natura, che non vi si trova nessuna disposizione processuale circa il modo di ottenerla. Ed anzi la costituzione americana ordina espressamente (nell'interesse della civile libertà) che niun accusato sia in obbligo di far testimonianza contro sè medesimo [12], e però nè il diritto inglese, nè l'americano, non conoscono una inquisizione [13], colla quale l'inquirente cerchi di ottenere la confessione; poichè l'istruzione preliminare si fa quivi brevissima e si restringe all'assunzione delle prove addotte dal querelante, ed alla comunicazione di esse all'imputato, allo scopo di dargli occasione di giustificarsi.

10 Così, p. e., proibisce le domande suggestive (art. 56 C. C. C.): se non che convien ricordarsi che nella stessa legge era ammessa la tortura.

11 P. e., se e quali circostanze particolari il confitente adduca, le quali un innocente non avrebbe potuto conoscere.

12 Bayard, *Exposition of the constitution of the Unites States*, Filadelfia 1833, pag. 36 e 138. — Story, *Comentaries on the constitution of the United States*, Boston 1833, vol. III, pag. 660.

13 Nel *Code of evidence* (Codice della prova) di Livingston è detto espressamente (pag. 72), che i giurati non sono obbligati di seguire ciecamente la confessione dell'accusato, ma devono anzi esaminare se sia credibile.

† E qui è da notare che un altro argomento da cui dipende l'importanza della prova per confessione, consiste nelle condizioni politiche e nello spirito della costituzione. Se in uno stato la libertà del cittadino è tenuta in istima, anche nel processo penale (perchè si può facilmente abusarne come di un mezzo di oppressione della civile libertà) si cerca di togliere qualunque via per cui l'abuso si renda possibile. E siccome questi abusi sono tanto più facili quanto è più grande il potere attribuito al giudice, così negli stati di liberali costituzioni si concedono anche ai cittadini talune guarentigie, a tutela della loro libertà. Siffatta tutela è maggiormente necessaria nello stadio d'inquisizione preliminare, poichè in essa è ancor più facile l'abuso; epperò le legislazioni che tendono davvero a difendere la libertà civile determinano espressamente che nessun imputato possa essere costretto a rispondere. La facoltà poi che ha l'accusato di avere un difensore, e la publicità della istruzione, sono le importanti guarentigie che lo assicurano dal pericolo di fare una confessione non veritiera. †

Non è però men vero che in qualche caso i giudici di pace s'adoperano per indurre a confessare [14]. † Anzi da alcune opere pratiche, molto istruttive, degli scrittori Americani intorno alle prove (*a*), si raccoglie che avvengono non pochi casi di confessioni mendaci (*b*), massime per effetto d'uno zelo eccessivo degli impiegati di polizia. Si raccoglie ad un tempo che in America suolsi essere assai circospetti nel ricevere una confessione, e si guarda soprattutto se il *corpus delicti,* cioè il fatto in genere, sia constatato con altre prove, e se possa essere creduta pienamente spontanea. † E siccome nell'udienza l'accusato non viene sentito, così non possono neppure verificarsi quelle confessioni che accadono negli altri paesi; laonde la prova per confessione non può esserci innanzi al Tribunale, se non quando

14 Pillips *On evidence* (Della prova), pag. 116. — Russel, *On crimes* (Dei Crimini), pag. 645.

(*a*) Principalmente Greenleaf *Treatise on the law of evidence* (Trattato intorno alla legge sulla prova), 7.ª ediz., Boston 1854 1, cap. x; e Wharton, *Treatise on criminal law* (Tratt. intorno alla legge penale), pag. 316.

(*b*) Greenleaf, pag. 280. Anche gli scrittori americani disputano se la confessione si abbia a considerare come una prova diretta o come una specie di prova derivante da una serie di presunzioni. Burrill, *On circumstantial evidence* (Della prova circostanziale), pag. 494.

o l'accusatore si richiama a quella che l'accusato avesse fatta dinanzi al giudice inquirente, dal quale fosse anche stata registrata a protocollo: oppure dimostra con testimonj una confessione stragiudiziale (*c*), o all'aprirsi dell'udienza l'accusato accetta di discutere *guilty*, o finalmente durante l'udienza soggiunge egli stesso spontaneamente qualche fatto, affermandone la verità. Quando poi si dee far uso di codesta confessione, è da vedere ancora: se il giudice che presiede trova che non sono state impiegate tutte quelle cautele che ne guarentiscono la spontaneità, allora egli stesso respinge la confessione ed impedisce che se ne faccia calcolo, col non sentire, p. e., i testimonj, o coll'omettere la lettura del protocollo (*d*); se poi il giudice concede bensì che se ne faccia uso, ma lascia al Giurì il decidere qual valore vi voglia attribuire; allora il giudice stesso nelle sue proposte finali richiama l'attenzione dei giurati ai punti che sono decisivi (*e*) †.

Nel publico dibattimento, riconosciuta fondata l'accusa, non può più avvenire una inquisizione. propriamente detta, allo scopo di indurre l'accusato alla confessione, poichè allora la procedura si limita alla produzione ed al completamento delle prove che si sono raccolte. Che se l'accusato fa una confessione, i giurati prendono a considerare qual forza di prova essa abbia, e decidono anche su di ciò a seconda del loro convincimento. Ed anzi siccome, per le idee giuridiche dominanti in Inghilterra, non può far prova se non una confessione che sia stata fatta all'udienza e registrata a protocollo [15]; e siccome il popolo, seguendo le idee del processo accusatorio, considera la confessione come qualcosa di contronaturale, così spiegasi come avvenga che il giudice il quale presiede alle assise, quando l'accusato faccia una confessione, lo ammonisca, prima di farla registrare, sulle conseguenze a cui va incontro [16], onde si guardi da ogni precipitazione. Un'altra considerazione da farsi è poi questa, che in Inghilterra, all'aprirsi della sessione s'interroga l'accusato

(*c*) Greenleaf, pag. 286.
(*d*) Un caso notevole è riferito da Greenleaf, pag. 291.
(*e*) Vedi alcuni casi nel succitato Autore, pag. 287 e 291.
15 Staundford, *Pleas of the Crown* (conclusioni della corona) Londra 1583, cap. 51. — Hale *Pleas of the Crown* (come sopra) II, p. 225.
16 Bentham, *Rationale*, ecc. (Principj, ecc.), vol. II, pag. 516. E la mia *Proc. Pen. ted.*, § 148.

s' egli voglia contendere *guilty* (colpevole) [17], cioè, s' egli dichiari di aver commesso il reato. E la risposta a tal domanda attribuisce alla confessione una particolare efficacia; poichè se l'accusato risponde *guilty* (colpevole) cessa immediatamente ogni procedura, e il giudice non ha che da proferire la pena portata dalla legge. E se in Inghilterra avviene molte volte che gli accusati rispondano *colpevole*, gli è perchè possono sperare d' essere più mitemente puniti, o perchè hanno promesso all' accusatore di confessare un reato minore, colla condizione che esso poi ritiri l' accusa maggiore [18].

† In generale si vede che in Inghilterra e in America dominano le stesse idee. In particolare così nell'uno come nell' altro paese, la confessione fatta dall'accusato nella inquisizione preliminare, p. e., ad un impiegato di polizia, se l'accusatore vi fa fondamento, è oggetto di più scrupoloso esame, allo scopo di conoscere se l'accusato l'abbia propriamente emessa di sua spontanea volontà, senza la pressione d' alcuna forza estranea che lo costringesse a una confessione non vera (*a*). E se l' accusatore non è in grado di dimostrare che siffatti illeciti mezzi non siansi adoperati, il Presidente stesso respinge il richiamo alla confessione (*b*). È poi stretto obbligo degli impiegati di polizia, non meno che di qualunque giudice di pace o di polizia, prima di ricevere una confessione, di ammonire l'imputato che non è punto tenuto a manifestare cosa alcuna (*c*). Il giudice finalmente dee ben istruire i giurati che non devono far fondamento su qualsiasi confessione, quando non sia stabilito il fatto in genere anche senza di essa (*d*) †.

Nel processo francese non troviamo alcun testo di legge concernente la confessione. Ma poichè quel processo non è fondato su un principio accusatorio puro, e per conseguenza l' istruzione preliminare somiglia in sostanza alla

17 Cottu, *De l' administration de la Justice en Angleterre*, pag. 76.

18 Si trovano notizie su questo proposito in Wakefield *Facts relating to the punishment of death* (Fatti relativi alla pena di morte) Londra 1851.

(*a*) Roscoe *Crim. evidence* (Della prova criminale), pag. 37. — Taylor, *Treatise of evid.* (Tratt. della prova), § 650-9. — Best, *Treat. on the law of evid.* (Tratt. intorno alla legge della prova).

(*b*) La pratica inglese addossa questa prova all'accusatore. — Best, pag. 630. Vedi una notevole decisione della Corte d' appello, del 24 aprile 1852, in Greenleaf, pag. 288.

(*c*) Legge del 1848, 11, 12. Victoria, c. 42, sez. 18.

(*d*) Wills, *Principles of circumstancial evidence* (Principj di prova circostanziale o indiziaria), pag. 61. — Best, *Trattato*, pag. 651.

inquisizione generale del processo tedesco [19], così non di rado vi si vede qualche tentativo dei giudici istruttori per ottenere, mercè degli interrogatorj, la confessione degli imputati; e siccome, d'altra parte, la legge non contiene disposizioni più particolari che mirino ad infrenare l'arbitrio del giudice, così avviene pur troppo di scorgere in quegli atti non essersi sempre adoprati i mezzi più acconci per far emergere la verità [20]. † Si palesa così quanto sia pericoloso il principio inquisitorio, quale è preso a base dalla legge francese (*a*). Chi consideri che sebbene sia vietato di adoperare qualsiasi mezzo compulsivo per obbligare l'imputato a rispondere, non è data però a quest'ultimo, come in Inghilterra, la guarentigia della publicità e della deputazione di un difensore nell'istruzione; e che nessun freno è posto all'arbitrio del giudice sul modo di sentire l'imputato (*b*); vedrà che lo sforzo di ottenere la confessione può condurre a estorcerne una non vera; cosa tanto più da temersi in quanto che nel dibattimento orale il Publico Ministero e il Presidente sogliono richiamarsi ai protocolli della istruzione preliminare contenenti quella confessione †. Che anzi l'esame che fa il presidente all'imputato consiste nella domanda del nome, dello stato e delle altre cose generali [21]; e tosto che i testimonj han fatta la loro deposizione s'interroga l'accusato: che cosa abbia da osservare. [22] † Ma siccome il *poter discrezionale* concesso al Presidente gli dà diritti illimitati, compreso quello, apparentemente legittimo, di andar in cerca della confessione colle sue domande, così, benchè, per la publicità del dibattimento, non sia molto facile di estorcere confessioni non veritiere, è però facile per lo meno di condurre gli accusati a dar certe risposte che i giurati possono interpretare come confessioni implicite. La giurisprudenza pratica riconosce anche in Francia essere la confessione uno de' più impor-

19 *Proc. pen. ted.*, § 24.

20 Ricorderemo soltanto quali abusi commisero le autorità nelle istruzioni preliminari assunte contro Fonk e Hammacher. (Noi non conosciamo questi due processi, ma vedendo che il traduttore francese non ha fatta alcuna osservazione a questa nota di Mittermaier, dobbiam credere che sia pur troppo appoggiata al vero — A.)

(*a*) Helie, *Traité*, vol. V, pag. 62, 64. Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 341.

(*b*) Helie, *Traité*, vol. V, pag. 700.

21 *Code d'instr.*, art. 310.

22 *ivi*, art. 319.

tanti mezzi di prova (*a*); ma essere poi il giudice in dovere di esaminarne attentamente il valore, e di non accettarla come prova, se non quando non siavi nessun argomento di dubbio sulla sua credibilità (*b*) †.

Il Giurì insomma deve considerarla soltanto come un elemento di convinzione; e non vedemmo infatti dei casi in cui, anche essendo l'accusato confesso, fu dichiarato dal Giurì non colpevole? Questo spiegasi anzi tutto colla massima, che il Giurì non è obbligato a render conto delle sue decisioni; e in secondo luogo colla considerazione, che qualora la pena minacciata all'accusato sembri troppo severa, il Giurì suol tranquillare la sua coscienza pronunziando un giudizio di non colpabilità (*).

(*a*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 320 e 352. — Morin, *Journal de droit crim.* 1849, pag. 269; e *Repertoire de droit crim.*, pag. 269. — Helie, *traité*, vol. V, pag. 727; vol. VII, pag. 331. — Trebutien, *Cours* II, pag. 487.

(*b*) Perciò stesso poi il giudice non è tenuto nemmeno a porre la confessione per base della sua sentenza. Helie, vol. VII, pag. 333.

(*) Il Giurì francese ha però un grande vantaggio in confronto dei giudici permanenti d'alcuni Stati ed anche dell'Austria, perchè nei casi in cui è minacciata la pena di morte, e questa gli sembri esorbitante, può evitarla al reo aggiungendo alla parola *colpevole* la formola *con circostanze mitiganti;* per effetto della quale i giudici sono obbligati a pronunziare una pena inferiore. Nel codice toscano è fatta una distinzione: La massima generale è che quando una pena è determinata dal codice in modo assoluto, p. e., la morte, i giudici devono decretarla inalterabilmente (art. 62); tranne se la legge permetta una sostituzione. E vediamo infatti che nell'omicidio premeditato, a cui la legge minaccia la pena di morte (art. 309) fu stabilito, che « quando circostanze di straordinaria importanza facciano riputare eccessiva la detta pena, il tribunale è autorizzato a decretare in suo luogo l'ergastolo ». Ma questa benefica disposizione non leggesi poi nel capitolo dei delitti contro la sicurezza dello Stato, dove trovasi minacciata in alcuni casi la pena di morte, in modo assoluto. È evidente che il Sovrano ha riservato a sè solo, in questi casi, il diritto di grazia, il quale nei reati politici è un mezzo di politica efficacia, poichè il Sovrano, concedendo o negando la grazia, coopera al sistema generale di governo, ch'egli solo è in grado di conoscere e di porre in atto. Le quali considerazioni non si estendono ai reati comuni, tra i quali è l'omicidio. Nel codice Austriaco, non vedesi fatta nemmeno questa distinzione; e i giudici sono costretti a proferire la sentenza di morte anche in quei casi in cui, trovando che la pena sarebbe eccessiva, propongono essi medesimi al Sovrano la grazia. Con ciò la legge apparisce soverchiamente rigorosa, e pone in grande ansietà l'animo dei giudici, per i quali è dura cosa proferire una pena che a loro stessi risulta esorbitante. Non può non affacciarsi loro alla mente il dubbio che la grazia potrebbe anche venir rifiutata; e in questa ipotesi è certo che la perplessità dell'aspettazione sarebbe perfino angosciosa, sicchè per evitarla potrebbero indursi a far forza alla legge onde qualificare il caso sotto una sanzione più mite. E forse chi volesse indagare, troverebbe che in qualche caso la sentenza che dichiarò *uccisione* un reato che nel conchiuso d'accusa erasi qualificato *omicidio*, o i dubbj sullo stato mentale dell'accusato o simili altre eccezioni, esprimevano non altro che il timore in cui erano i giudici che pronunziando la pena di morte non venisse poi accolta la proposta di grazia. È desiderabile che su questo argomento venga modificata la legge — A.

† Quanto alle legislazioni tedesche bisogna distinguere: Dopo il 1848 si posero a imitare il processo francese; ma fino a che la procedura era segreta, scritta ed inquisitoria, con regole legali di prova †, si richiedevano anche alcune norme, sia circa il modo con cui l'inquirente doveva cercar negli esami di conseguire la confessione, sia circa i requisiti di cui questa doveva essere accompagnata. La legge Austriaca dichiara bensì che la confessione è una prova legale [23], ma sotto certe condizioni che la legge stessa ha enumerate, non però in via tassativa ma solamente dimostrativa, come si scorge dall'essersi la legge accontentata di principj generali [24]. Parimente nell'indicare le condizioni richieste per la forza probatoria della confessione [25], la legge cercò di sfuggire quelle regole che recassero una assoluta proibizione di qualche cosa, e si limitò ad indicare soltanto in generale alcune norme secondo le quali il giudice ha da sentenziare, senza vincolare per questo il suo criterio.

Similmente il processo prussiano riconosce nella confessione un mezzo di prova, quando sia accompagnata da certe condizioni [26], ma poi si limita ad erigere a regole legali molte massime puramente teoriche, le quali, per essere ben applicate, richiederebbero una preliminare spiegazione [27].

La teorica della confessione apparisce più compiutamente esposta nel Cod. Bavarese, dove i requisiti per la validità di essa si trovano espressi con maggior precisione [28]. Nondimeno molte di queste regole son concepite in modo affatto generico e forse troppo teoretico; il che fa sì che il

23 Cod. Pen. Austr. del 1805, § 398 e 399, corrispondenti sostanzialmente al § 264 del Reg. 29 luglio 1853, che verrà esposto nei capitoli seguenti.

24 Così, p. e., nell'or citato § 399 alla lett. *d*) era stabilito che la confessione dee consistere « non in una nuda affermazione d'una proposta interrogazione, ma in un racconto dello stesso imputato; » con le quali parole venivano ad esser vietate le domande suggestive (Queste poi erano espressamente proibite nel § 153; e del pari lo sono nel § 176 dell'attuale regolamento benchè anche il § 264 lett. *e*) contenga il precetto che la confessione dev'essere espressa con un racconto e non con una risposta affermativa — A).

25 P. e., circa l'accordo tra la confessione e le altre verificazioni del processo (§ 400) e circa la ritrattazione (§ 402); ai quali §§ corrispondono i §§ 265 e 267 del Reg. attuale che si troveranno più avanti.

26 Ord. crim. pruss., § 370.

27 P. e., nel § 373 sulla *confessione qualificata*.

28 Cod. Bav., art. 267.

giudice non ne possa trarre gran frutto [29]; altre poi in modo sì riciso da indurre facilmente il giudice nell'errore di non accettare come provante una confessione sol perchè, secondo la lettera della legge, sembra mancare di qualche proprietà [30].

Pretendendo il legislatore di comprendere nel codice tutti i casi che ponno occorrere nel giudicare di una confessione, e di provvedere a tutti con una formola unica generale, mentre a volerli decidere rettamente convien prima far delle esattissime distinzioni, ne deriva l'inconveniente che o la massima generale non dica nulla, oppure che tragga in errore il giudice [31]. All'incontro nei nuovi progetti di legge, p. e., nel Wirtemberghese [32], si scorge che la tendenza è di semplificare, abbandonando alla scienza, e perciò tacendo nel codice, molte cose che, p. e., il codice Bavarese ha preteso di formulare a regole legali [33]. Oltre di che quelle regole generali esposte nei progetti, sono e più giuste e più conformi alla scienza [34].

Aggiunta inedita.

Dal carattere sin qui spiegato si scostano le legislazioni comparse in Germania ed in Isvizzera dopo il 1848. Bisogna però distinguerle in due categorie; la prima, di quelle che hanno abolite le prove legali e vi hanno sostituito il principio dell'intimo convincimento; la seconda, di quelle che conservano ancora una teoria legale di prove, Naturalmente nelle leggi di quella prima categoria scomparvero anche le regole concernenti il modo di valutare

29 Così, p. e., accade dell'art. 267, N.° 6, dove è detto che la confessione dev'essere conseguente in sè stessa e non dee contenere alcuna contraddizione colle cose essenziali.

30 P. e., nell'art. 267, N.° 4, è detto che la confessione non dev'essere fatta in seguito a domande suggestive. E se fossero un pajo di domande *capziose* qual danno recherebbero?

31 Tale è il caso particolarmente a cui dà luogo l'art. 272, che concerne la confessione qualificata, dove si parla della eccezione addotta dal confitente di una mancanza di dolo o di una necessaria difesa, le quali parole farebbero erroneamente pensare, che l'allegazione della necessaria difesa fosse una eccezione, mentre non lo è.

32 Progetto riveduto di procedura penale del 1830.

33 Questo è il motivo pel quale il progetto Wurtemberghese esprime nell'art. 245 un minor numero di requisiti per la confessione che qualsiasi altro codice.

34 P. e., sulla confessione qualificata, art. 249 del Prog. Wirtemb.

la confessione, essendovi subentrata l'assoluta libertà dei giudici e dei giurati. Ciò non pertanto la scienza e la pratica riconoscono (*a*) essere la confessione un mezzo principale di prova, ma dover il giudice esaminarne la credibilità con quelle regole che erano una volta stabilite dalla legge e che ora egli può tuttavia adoprare con indipendente raziocinio. Ciò che fu detto più sopra del processo francese vale anche per le legislazioni tedesche; poichè durante la istruzione preliminare segreta, i giudici inquirenti, abituati al sistema degli esami inquisitorj, ponno riuscire a procacciarsi confessioni non vere, come possono registrare inesattamente le cose deposte; e nondimeno vengono messe a profitto nel dibattimento. E se l'accusato protesta che l'esame non sia stato scritto con precisione, il Publico Ministero s'appoggia alla presunzione di verità che milita in favore dei publici documenti, e sostiene che la confessione ivi registrata fa piena prova. Non è raro il caso che anche chi presiede al dibattimento, proceda un po' inquisitoriamente, ed insista forse troppo per avere una confessione.

Tra le legislazioni che hanno mantenuta una teoria legale di prove, sono da annoverarsi le seguenti:

1° Il Reg. Austr. di procedura penale 29 luglio 1853, dove è stabilito al § 264, che la confessione dell'imputato *può* servire di prova *allora soltanto* che abbia le condizioni volute dalla legge, e che si troveranno nel capitolo seguente; ad un tempo è poi indicato nel § 265, quali prove si debbano avere del fatto in genere, e nel § 266 quanto perda di forza la confessione nel caso che sia stata ottenuta con mezzi illeciti, o sia stata ritrattata. Vedesi per tal modo che l'idea prevalente del legislatore (*b*) fu quella di non vincolare in modo assoluto il criterio del giudice; e colle parole « *può* servire di prova » volle appunto significare che non lo costringe ad assumere la confessione come una prova, qualora egli non sia persuaso che contenga la verità.

In generale il legislatore, coll'imporre certe condizioni alla forza provante della confessione, ha voluto difendere l'innocenza, ed è per questo che ha poi fatto obbligo al giudice di manifestare nei motivi della sentenza come ab-

(*a*) Abegg, Annali di dir. crim. sassone VI, pag. 134.
(*b*) Hye, *Principj fondam.*, pag. 490 dell'ediz. ital.

bia esaminata la confessione, onde così si conosca se lo ha fatto nel debito modo.

2.° Di tal natura sono anche le prescrizioni probatorie del Regolamento di procedura penale del Cantone di Berna del 1830, all'art. 349 (benchè un po' troppo succinto) emanato pei giudizj di polizia e correzionali.

3.° Il Codice criminale per gli stati Estensi del 1855 all'art. 543 dichiara: « La confessione dell'imputato fa piena prova allorchè sia pura e semplice, circostanziata e verificata ». Negli art. 544 fino al 549 si contengono i requisiti della confessione, che verranno esposti nel Cap. XXXIII.

CAPITOLO XXXII (*bis*).

(*inedito*)

Importanza della confessione nei giudizj per giurati secondo le diverse legislazioni.

Non è egli inutile di procedere oltre nel dibattimento dinanzi ai giurati, allorquando l'accusato, all'aprirsi della sessione, si dichiara colpevole?

Secondo la legge francese e la più parte delle leggi tedesche [1], anche nel caso in cui l'imputato o nel processo scritto o nel publico dibattimento fa una confessione completa, il dibattimento si tiene egualmente e si pronunzia sentenza; ed all'incontro le legislazioni inglese, scozzese ed americana hanno introdotto un sistema particolare. Consiste questo in ciò, che l'accusato, al cominciare della sessione, viene interrogato se voglia contendere colla formola *guilty*, cioè *colpevole*, o *not guilty*, cioè *non colpevole*. Nella prima ipotesi si tronca senz'altro il dibattimento dinanzi ai giurati, ed essi non proferiscono alcun verodetto; ma il giudice passa tosto a far la sentenza. Questo sistema non è altrimenti spiegabile che secondo la storia [2] del Giurì in Inghilterra, poichè quando l'imputato ammetteva ogni cosa, non poteva sembrar necessario di sentire i giurati. In Germania questo sistema venne accolto da parecchie legislazio-

1 P. e., in Baviera Annover, Assia, Nassau e Brunswich.

2 Mittermaier, *Das englische Strafverfahren* (Il processo penale inglese), pag. 352.

ni [3], allo scopo di alleggerire possibilmente ai cittadini il peso di sedere e decidere come giurati; ed anche perchè, essendo confesso l'imputato, sembra superfluo di addurre le prove e di proferire una sentenza. E per queste medesime considerazioni quel sistema inglese fu accettato anche nelle legislazioni svizzere [4] e in quella di Malta [5].

Certamente stanno in favore di questo sistema le considerazioni ora dette, e massime poi quella di risparmiare tempo e fatica; ma l'esperienza insegna, ed anche nella stessa Inghilterra [6], che spesse volte i giudici cercano di indurre l'accusato a revocare la confessione, e che ci riescono. Laonde è assai preferibile il sistema francese [7]. E invero i giurati hanno da decidere tutta intiera la quistione di reità; e siccome vi appartengono tanto le quistioni sulla prova dei fatti, quanto quelle sulla imputabilità morale, sulla esistenza e sulla quantità della prava intenzione (dolo), e sul concorso e l'influenza delle circostanze mitiganti, può darsi facilmente che l'accusato si dichiari bensì colpevole, ma che ciò si riferisca unicamente ai fatti, e che per conseguenza, tolto il dibattimento e tolto il verodetto dei giurati, egli si trovi spogliato dei beneficj che la legge offrirebbe (*). Ben è vero che quelle nuove leggi le quali adottarono la pratica inglese, hanno ingiunto al Tribunale di esaminare se la confessione sia pienamente credibile e sincera, ma come e con qual sicurezza il Tribunale, che non sentì una vera discussione, potrà giudicare se nel caso concreto fosse necessario il Giurì? E avviene infatti sovente in Prussia, che la Corte Suprema annulli qualche sentenza

3 Legge Prussiana del 1849, art. 58, ed appendice del 1852, art. 75. Legge del Virtemberg, § 90, e di Francoforte del 1856, art. 262 e 265.

4 Legge di Zurigo, art. 212; e leggi della confederazione del 1854.

5 Codice pen. di Malta, 1854, art. 395.

6 Mittermaier, nelle due opere: *Il processo inglese*, p. 355, e *Legislaz. e prat.*, pag. 446.

7 Mittermaier, nella *Gerichtssaal* 1849, pag. 431, e Arnold, nel medesimo giornale, 1855, pag. 265.

(*) Queste savie considerazioni dell'Autore fan vedere quanto fosse lontana dal giusto la proposta di taluni in occasione delle recenti semplificazioni al Reg. Austr. di proc. pen., di abolire il dibattimento orale nei casi in cui l'imputato sia pienamente confesso; e quanto sia saggia e benefica la disposizione adottata nell'Ordin. Imp. 5 maggio 1858 al § 7, dove furono bensì tolti gli impedimenti processuali, che, per un confesso, sono di puro danno, massime se è detenuto, ma fu conservata la essenziale guarentigia del dibattimento, che può influire assai sulla commisurazione della pena, e talvolta anche sulla qualificazione del fatto — A.

opinando che il Giurì sia stato illegalmente escluso dal giudizio [8].

CAPITOLO XXXIII.

Requisiti di una valida confessione, quanto alla sua essenza.

Giusta i principj esposti nel capitolo XXXI la confessione può convincere sol quando il suo contenuto sia tale che, confrontato con tutte le altre circostanze apparenti dagli atti, non possa più esservi alcun dubbio che il confitente abbia proprio potuto percepire e voluto esporre il vero.

I. Prima condizione è dunque la verisimiglianza delle cose confessate.

Nell' esaminare se questa verosimiglianza sussista non si dee soltanto raffrontare le circostanze particolari confessate, colle leggi naturali conosciute [1], ma anche con tutte le altre particolarità del fatto concreto circa l' autore e circa il modo dell' esecuzione. In tal guisa, p. e., noi non accetteremo come verosimile una confessione in cui un uomo sprovvedato delle forze fisiche necessarie, dicesse di avere ucciso un altro a lui immensamente superiore di forze (*).

II. In secondo luogo è necessario che la confessione sia credibile. E la credibilità dipende da più condizioni:

a) Che il confitente, considerato come testimonio, siasi trovato in grado di conoscere il fatto pienamente. Dal che si deduce, che la confessione dee riferirsi a cose percepite dal confitente stesso coi suoi proprj sensi; e che, per conseguenza, le sue argomentazioni non valgono a produrre il necessario convincimento nel giudice, poichè potrebbe facilmente essere caduto in qualche errore [2]. Così se egli

8 Mittermaier, *Legislaz. e pratica*, ecc., pag. 448.

1 Il che potrà essere importante, p. e., in caso d'appiccato incendio qualora l'imputato, confessandosi reo, dicesse di aver appiccato il fuoco in un modo pel quale giusta le fatte esperienze, ciò sarebbe impossibile.

(*) Ben inteso quando dicesse di averlo ammazzato in una lotta tra di loro seguita, e nella quale la vittoria fosse dovuta alla prevalenza delle forze; poichè del resto un omicidio col veleno, od a tradimento, può essere commesso anche da uno debolissimo, sopra uno dotato di forze erculee. — A.

2 Kleinschrod, nel vecchio Arch. dei dir. crim., vol. IV, fasc. 4, p. 107. — Stubel, op. cit., § 219. — Tittmann, *Man.*, parte III., pag. 477.

confessa di aver gettato dalla sponda nell'acqua il suo avversario, e dice di essere subito fuggito di là, può bensì conchiudere che colui dev' essere morto, perchè lo ha veduto egli stesso, appena caduto nell' acqua, a scomparire sotto la superficie, ma ciò non basterebbe ancora per dir comprovato che esso gli abbia recata la morte. Lo stesso avviene quando il confitente accenna certi fatti, per conoscere i quali son necessarie cognizioni tecniche, p. e., di aver somministrato dell' arsenico. La confessione non basta [3]; e infatti egli può dire bensì d'aver comperato una polvere bianca, da lui ritenuta arsenico, ma che poi fosse arsenico davvero non è punto dimostrato colla confessione. E se l' imputato avesse egli medesimo le necessarie cognizioni tecniche? Per quanto ne possa essere resa più credibile la sua confessione, nondimeno un cauto inquirente non ometterà mai di toglierc ogni dubbio sentendo i periti. † Dubbj di simil fatta infirmeranno poi sempre una confessione, quando, invece di riportare le cose accertate dal confesso medesimo, non è che l' eco delle deposizioni d'altre persone, o si fonda sopra argomentazioni, o non è conseguente (*a*) †.

b) È necessario altresì, aver riguardo alla condizione di corpo e di mente in cui l' imputato si trova; che cioè egli al tempo in cui direbbe commesso il fatto, fosse capace di percepirne i particolari, ed al tempo in cui lo confessa, sia capace di fare una sincera e credibile deposizione [4]. Per conseguenza se uno confessa di aver commesso un reato quando era infante o minore, od ubbriaco, o pazzo, non sarà punto più credibile di colui che lo fosse

3 Martin, *Lehrbuch des crim. Proc.* (Tratt. di proc. crim., § 74, p. 201. Stübel è d'opinione contraria nella sua *Proc. crim.*, § 737. (Per lo meno ci saranno dei casi in cui il giudizio dei periti essendo incerto, perchè sono incerti i fenomeni, potrebbe parer strano il negar fede alla confessione. Forse fu per impedire queste conseguenze di un principio troppo assoluto, che il § 265 del Regolamento austr., determina esser sufficiente a dar forza di prova alla confessione che siano rilevate *alcune* tra le circostanze costituenti il reato; p. e., la morte repentina d'un uomo, senza causa apparente, e non richiede che siano provate *tutte* — A).

(*a*) Kitka, *Beweislehre* (Teor. della prova), pag. 63.

4 Cod. pen. Austr. 1803, § 399, N.° 6, a cui corrisponde il § 264 del Reg. 1853 di proc. pen., dove si legge che « la confessione può far prova contro l'imputato allora soltanto ch'egli l'abbia fatta.... *b*) mentre che egli era pienamente conscio di sè stesso » — Stübel, *Criminalverf.* (Proc. crim.) § 734.

al tempo della confessione [5], † od anche soltanto si trovasse in istato di allucinazione (*a*) †.

c) Dee potersi credere, inoltre, che la confessione sia fatta per impulso della coscienza e dell' amore del vero; e per ciò dev'essere rimosso il timore che l'imputato abbia fatta una confessione non veritiera, o in un accesso di delirio, o in istato di malattia di mente, o per altri estranei motivi, allo scopo di procurarsi un vantaggio col fingere d' aver commesso un reato.

I quali motivi [6] o consistono nella mira che ha l'imputato di allontanare (confessando un reato che direbbe commesso in un dato tempo) i sospetti d' un reato più grave commesso nel tempo medesimo, e così ingannare il giudizio [7]; o nella mira di tener celato il vero colpevole accusando sè stesso, coll' intenzione di dimostrare più tardi l' impossibilità ch' egli sia stato l' autore del reato; oppure egli può esserci spinto da animosità contro un terzo, per rovinare il quale si confessa autore d' un misfatto, onde accusarlo poi come correo [8]. Per decidere se la confessione sia stata l' effetto d' una alterazione mentale [9], o di uno dei motivi or ora accennati; o se invece sia stata dettata dalla coscienza che si sente colpevole, è necessario un accuratissimo esame, il quale dee versare sopra i seguenti punti: *a*) se il confitente siasi presentato spontaneamente in giudizio, ancor prima che fosse stata prodotta la denunzia contro

5 Tittmann, *Man.* III, 478 (Ci si permetta di dubitare di questo principio. In qual condizione di mente e di corpo si trovasse al tempo del fatto, non è indagine che concerna propriamente la *credibilità* della confessione, ma la *imputabilità* del confitente. Infatti se uno sano di mente confessa di avere, durante la pazzia, ucciso un uomo, la sua confessione può essere credibile senza che egli poi sia imputabile. E infatti il Regolamento austr. al § 264, lett. *b*), come ora si vide, parla dello stato di mente *al tempo della confessione;* poichè dello stato di mente *al tempo del fatto* si parla nel § 2 del cod. pen. tra le cause che escludono l' imputabilità — A.)

(*a*) Quanto le allucinazioni avvengano di frequente, e quale effetto producano, vedi in Mittermaier, Arch. del dir. crim. 1857, pag. 208.

6 Kitka, *Della constataz. del fatto*, pag. 120.

7 P. e., un tale ai 25 giugno, alle 8 ore, ha commesso un omicidio con rapina nel paese di A., e confessa di avere, in quel medesimo giorno ed ora, commesso invece un furto nel paese di B. che ne è lontano tre ore.

8 Taluno potrebbe dire di aver avvelenata la propria moglie morta da poco tempo, e accusare B. d' avergli procurato il veleno.

9 Come avvenne in un caso riferito da Hermann *Anleitung zur Abfassung von Vertheidigungsschriften*, (Guida alla compilazione delle scritture di difesa.)

di lui, e abbia confessato d' essere l' autore d' un reato; oppure se, al contrario, vi fosse stato chiamato come incolpato e sospetto, ed avesse fatta la confessione nel suo costituto; *b*) Se il suo contegno [10] tradisca una coscienza oppressa che vuol cercare sollievo; *c*) se ci siano delle circostanze di fatto le quali si connettano con qualcuno dei motivi sopra accennati [11]; *d*) Se le condizioni personali dell' imputato inducano anch' esse a credere ch' egli sia sotto l'influenza d' una malattia mentale; *e*) se egli sia tale persona da cui si possa attendersi un simil reato [12]; *f*) se finalmente tutte le circostanze di fatto confessate s'accordino colle altre prove.

III. Terza condizione si è che la confessione sia *determinata* (precisa). Così è richiesto dall' importanza delle sue conseguenze. Con ciò soltanto è possibile di raffrontare le cose confessate colle altre prove; ed è parimente con ciò che vien dimostrata la sincerità del confitente, il quale non può ignorare le conseguenze della sua confessione. Non basta adunque che il confitente dica, senz'altro, d'aver commesso un reato, p. e., d' aver ucciso A., ma deve aggiungere anche tutti i particolari del fatto [13]. Molto meno potrebbe bastare una dichiarazione ambigua, qual sarebbe se l' imputato dicesse: « credo d' aver ciò fatto; » « può darsi; » « se la giustizia lo sa, io non voglio negarlo » e simili. Epperò tutte le volte che il giudice sarà costretto di fare una interpretazione artificiale delle parole adoperate dal confitente, o di giungere, per mezzo di argomentazioni, a comprendere il senso della sua dichiarazione, per dedurne che abbia veramente voluto confessare, non potrà dire di possedere una confessione sufficiente. † Quindi è che non varrà nemmeno una confessione manifestata con gesti o con segni necessariamente ambigui (*a*) †.

10 P. e., mostrandosi pentito.

11 Se, p. e., l' imputato vive in grave inimicizia contro un tale da cui dice d' essere stato sedotto al reato.

12 Se colla sua precedente condotta abbia palesata una tendenza ai reati di tal natura.

13 Leg. 8, Dig. *De confessis*, (riferita a pag. 291, nota 6).

(*a*) Il Reg. Austr. al § 264 N.° 1 lo dice espressamente, ordinando che la confessione debba essere fatta « in modo espresso, chiaro e determinato, e non già con gesti o segni ambigui. » — Vedi Kitka, *Beweislehre* (Teor. della prova), pag. 55. Mittermaier, *Proc. pen. ted.*, pag. 344. Si dovrà pertanto usare speciale circospezione nei casi in cui un sordo-muto fa una confessione a segni, unico suo linguaggio.

IV. Si richiede altresì che la confessione sia *perseverante* ed *uniforme;* e infatti se l'imputato, anche in diversi esami, confessa, è segno che segue sempre la medesima voce della coscienza, ossia che ha detto propriamente il vero. La ragione adunque per la quale non si crede ad una confessione deposta con molteplici contraddizioni in diversi esami [14], si è che queste oscillazioni e differenze palesano per l'appunto l'uomo menzognero, che non è in grado di ripetere sempre con uguale esattezza le cose una volta inventate; laddove chi espone puramente il vero non può scostarsene nei successivi racconti, perchè li attinge sempre alla medesima fonte della sua coscienza. Quando però si tratta di giudicare delle contraddizioni che si trovano in diverse parti della confessione [15], si dee por mente che non di rado son mere diversità negli accessorj; e che derivano dall'essersi l'accusato risovvenuto a poco a poco di singole circostanze pensandoci più maturamente, p. e., rispetto a certe parole dette da un altro, o rispetto al numero delle ferite, e simili. V'hanno però anche dei casi in cui l'accusato, per un naturale senso di vergogna, esita a palesare talune circostanze aggravanti del suo reato; ovvero s'induce a ritrattar quelle che ha già esposte, temendo che abbiano una influenza pregiudicevole nella commisurazione della pena. Quando avvengono di simili casi le differenze appariscono così naturali che non può venirne punto scemata la credibilità delle altre circostanze confessate e sempre esposte con costante uniformità.

Che se, all'incontro, le differenze si riferiscono a cose sulle quali non è concepibile errore od incertezza, la confessione perde di forza; come se, a cagion d'esempio, l'accusato confessasse in un esame di avere pugnalato A, e in un altro d'averlo ucciso a colpi di bastone. Le quali contraddizioni nuocono specialmente quando l'essenza di fatto del reato non è constatata con altre prove, sicchè dovrebb'esserlo soltanto per mezzo della confessione (*).

14 Cod. Bav., art. 267.

15 L'ordin. Crim. pruss. dice al § 377, che se un imputato fa diverse confessioni che si contraddicono in qualche parte, si accetta come valida quella che apparisce meglio suffragata da circostanze già dimostrate vere.

(*) Questo caso, secondo il Reg. Austr., non potrebbe avvenire, giacchè per qualunque confessione, anche uniforme e costante, non può essere condannato il confitente se non consti almeno per *alcuni* dati del fatto in genere. Si fa una eccezione in casi di contravvenzioni, su di che si riferirà nel cap. XXXV una decisione assai importante. — E se l'accusato con

Del resto la confessione, sebbene espressa in diversi esami, forma un tutto unito; laonde non nuoce punto se l'imputato non ripete in un esame successivo certe particolarità [16] già dette nel precedente, purchè non revochi la sostanza della confessione contenente quei punti che sono oggetto della decisione [17]: ed il giudice non è autorizzato a escludere di suo arbitrio, quelle tra più circostanze deposte che, secondo la volontà del confitente, davano all'insieme un significato ben diverso da quello che ora vi si vorrebbe attribuire.

† V. Affinchè la confessione convinca il giudice è necessario che sia completa in modo, che per mezzo di essa il reato venga rappresentato dinanzi alla mente del giudice con tutte le sue minime circostanze, ed egli possa, per conseguenza, conoscere tanto gli impulsi che lo hanno promosso, quanto il modo preciso con cui fu commesso, il luogo, il tempo, i mezzi adoperati, ecc. (*a*) †.

VI. Tanto più è credibile la confessione, quanto più le circostanze di fatto confessate risultano vere per altre prove raccolte nel processo [18], e quanto più è difficile che, per la loro natura, un innocente le conoscesse. La fede nella veridicità dell'imputato cresce ancor più quando, ponendo a raffronto almeno la più parte delle cose confessate, colle altre prove, e scorgendone l'accordo, ci convinciamo che l'imputato le abbia propriamente conosciute nella

fessasse di aver ucciso Tizio con un colpo di bastone riparandosi da una asserita aggressione, e risultasse invece che Tizio fu ucciso con un colpo di pugnale? — E se l'accusato ammettesse di aver dato un pugno sul capo a Tizio, che, essendo prima sanissimo, fu veduto tosto cadere e mandar sangue da una ferita da taglio sul capo, si potrà dirlo confesso, anche se non può trovarsi l'arma che *egli deve* aver adoprata? Queste e simili difficoltà, che astrattamente possono formar tema di delicate discussioni, in pratica son quasi sempre facili a risolversi, pel concorso di tante altre circostanze di fatto — A.

16 P. e., sul numero delle ferite.

17 Un esempio ne sarebbe questo: una donna confessava da prima di avere ucciso premeditatamente il suo bambino e diceva che questo aveva gettato un grido; e poscia aveva revocato quel suo racconto esponendo di avere partorito a letto inconsapevole di sè stessa, e d'avere trovato, rinvenendo in sè, il suo bambino già morto. Qui il giudice non potrebbe accogliere la circostanza delle grida come era stata confessata da prima.

(*a*) In un caso l'imputato confessava d'aver ucciso A., ma poi non sapeva spiegare qual motivo lo avesse condotto a un tal fatto; nè lo si poteva dedurre con verosimiglianza dal processo. Sorsero gravi dubbj sulla attendibilità di quella confessione.

18 Leg. 23, § 11, Dig. *ad leg. Aquil.* già riferita, a pag. 284 e art. 25 C. C. C.

esecuzione del reato [19], p. e., quando il confitente indica con esattezza il numero e la direzione delle ferite che si trovarono effettivamente sul cadavere (*). Tuttavia questo requisito, che, cioè, le cose esposte nella confessione risultino dimostrate anche con altre prove, potrebbe essere spinto a un eccesso, ove si pretendesse che vi fossero propriamente anche altre prove, oltre la confessione, per *ognuna* delle circostanze confessate; poichè allora la confessione sarebbe superflua; e per di più si pretenderebbe benespesso l'impossibile, giacchè molti particolari del fatto, quali sarebbero certe parole proferite, ponno essere conosciute soltanto all'imputato ed all'offeso, il quale fors'anche (p. e., se venne ucciso) non può più essere sentito in esame. Basta adunque che sopra *parecchie* circostanze [20] vi siano prove d'altra natura, le quali dimostrino la credibilità dell'imputato, e che sopra le altre circostanze essenziali poi, non siavi

19 Leg. 1 § 17 *De quæst.*: « Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. » Sul significato di questa legge vedi Mathaei, *De Criminibus*, Lib. XLVIII, Tit. XVI, cap. 1, e Baugnóli §§ 253-256 — Stübel *Della constataz. del fatto*, § 216.

(*) Non sempre il confitente può somministrare minute notizie del fatto, giacchè l'impeto della passione, sotto la cui forza ha agito, può avergli vietato di conoscere esattamente, p. e., quali e quante ferite egli abbia recate al suo avversario. Vedine un esempio nel già citato processo Curti del Trib. di Milano — A.

20 Secondo il § 400 del cod. pen. austr. del 1803, che corrisponde esattamente ai § 265 del Reg. di proc. pen. del 1853, basta che siano rilevate *alcune* delle circostanze del fatto a cui la confessione si riferisce, col mezzo delle quali abbiasi la conferma del commesso reato, e che nulla emerga onde rendasi dubbia la verità della confessione. L'ordin. crim. prussiana richiede (§ 370) che la confessione non sia in opposizione colle altre circostanze già provate. Invece a'termini del cod. Bav., art. 267, N. 7, la confessione *deve* accordarsi *nell' essenziale* colle altre circostanze. † Il che poi corrisponde al disposto dal § 264 lett. *d*) del Reg. austr., il quale vuole che la confessione si accordi *nell' essenziale* coi dati raccolti sulle costanze del reato. Secondo il cod. di Berna, art. 349, le cose confessate non devono essere in opposizione con altri fatti essenziali altrimenti dimostrati. Il codice di Modena, all'art. 543 vuole una confessione *verificata*, e spiega poi nell'art. 544 che « la confessione si ha per verificata quando nelle sue parti *sostanziali* di cosa, luogo, tempo, modo, qualità e persone è conforme a quanto si trovi accumulato in processo, sì in ordine alle prove generiche, che alle prove specifiche del confessato delitto ». « Se l'imputato (art. 545) palesi altre circostanze o ignote o non giustificate abbastanza in processo, devono queste ancora, per quanto sia possibile, verificarsi. » « Se alcuna (art. 546) delle circostanze sostanziali rimanga esclusa, la confessione si ha come erronea e non fa piena prova. » Il lettore avrà notato che in tutte queste leggi ora citate si lascia molto al criterio del giudice, giacchè sta in lui il decidere quali cose egli consideri per *sostanziali*.

nessun argomento contrario che la affievolisca [21]. In ispecialità la confessione perderà della sua forza provante, quando, confrontandola coi risultamenti delle altre prove, ne scaturisca: 1.° che il reato confessato non può essere vero in sè stesso [22]; oppure 2.° che i caratteri distintivi di esso, quali sono confessati, sono in opposizione con quelli che le altre prove dimostrerebbero, per guisa che non possono conciliarsi insieme [23], senza che sia dato nemmeno di ricorrere alla ipotesi di un errore in cui il confitente si fosse trovato.

All'incontro non verrà meno la forza provante della confessione, quando le contraddizioni colle altre prove si riferiscono od a punti accessorj che non hanno veruna influenza sul giudizio da proferirsi [24]; od a circostanze sulle quali il confitente si fosse dimenticato [25], o versasse in un errore [26]; quando può credersi che l'imputato, occultando certi fatti, sperasse di diminuire la pena [27]; o quando finalmente le contraddizioni concernono alcuni punti sui quali l'imputato depone, in sostanza, come testimonio, contro i suoi compagni [28].

CAPITOLO XXXIV.

Requisiti della confessione quanto alla forma.

Affinchè la confessione produca nel giudice il necessario convincimento, si richiede che anche la forma sua palesi la serietà di mente dell'imputato, consapevole delle

21 Martin, *Lehrb,* (Tratt.) § 73, nota 10. — Quistorp, *Grunds,* (Princ. fondam.), § 685. — Tittmann, *Handb,* (man.) III, pag. 485.

22 P. e., se alcuni testimonj depongono di avere parlato col preteso ucciso alcuni giorni dopo l'asserito omicidio.

23 P. e., quando l'imputato confessa di aver ucciso A con arma da fuoco, laddove, per giudizio di periti, la morte derivò da ferita da taglio.

24 P. e., sopra quei fatti che avvennero dopo commesso il reato, e dopo la fuga dell'imputato.

25 P. e., circa il tempo in cui il fatto avvenne.

26 P. e., circa il colore degli abiti che l'ucciso indossava.

27 P. e., sul numero delle ferite. Può anche avvenire che il reo, per quanto consumato nei misfatti, senta ancora un resto di vergogna e tenga occulte talune delle circostanze di fatto. Vedine un notevole esempio nelle cause celebri di Feuerbach, vol. I, pag. 60. (E può facilmente immaginarsi il caso d'un uomo che confessa di avere assalita ed uccisa una donna per derubarla, ma tace d'averla anche stuprata — A).

28 P. e., il confitente imputa un altro d'averlo sedotto a commettere il reato.

conseguenze a cui, confessando, va incontro [1]. Da ciò scaturiscono i seguenti corollarj:

I. Avrà forza di prova la sola confessione *giudiziale* [2]. Egli è facile comprendere che la stragiudiziale non può bastare [3], perchè benespesso cotali dichiarazioni fatte fuor di giudizio sono l'effetto della leggerezza di chi non dà alcun valore alle sue parole, o si risolvono in un mero vanto [4], o son fatte per celia, od anche per togliersi da una situazione spiacevole [5].

† Al che s'aggiunga che la prova circa il fatto di una confessione stragiudiziale, riesce di solito difficile e poco concludente, giacchè trattasi di stabilire le frasi precise con cui venne espressa, e di valutarle convenientemente (*a*) †.

La Carolina considera la confessione stragiudiziale come un indizio [6], per valutare il quale sono poi decisive le seguenti condizioni:

1.° Dinanzi a chi sia stata fatta. Se l'imputato si confessò reo dinanzi ad uno, a cui non poteva facilmente indursi a dir cosa per lui pregiudicevole, e di cui anzi gli premeva di conservarsi il favore e la stima, la sua confessione sarà tanto più degna di fede [7].

2.° Se sia accompagnata da tutti i particolari del fatto, da dimostrarsi poi con altre prove; o se sia fatta in forma generica ed indeterminata [8].

3.° In quali circostanze l'imputato siasi determinato a confessare; perocchè se ne può dedurre che egli, cono-

1 Potrebbe esservi qualche dubbio nel caso in cui l'imputato confessa spontaneamente prima ancora che il Tribunale abbia cognizione del reato. Ma anche ciò può spiegarsi benissimo colla potenza della voce interna del rimorso. — Leg. 1, § 27, Dig. *De quæst.*: « Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est; nonnumquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur ». — Stübel, op. cit., § 218.

2 C. 4. x, *De Judic.* — Quistorp, *Grunds.* (*Princ. fondam.*), § 682. Tittmann, *Man.* III, pag. 481.

3 Clarus, Quæst. 21, N.° 31 — Globig, *Theorie der Wahrscheinlichkeit* (Teoria della verosimiglianza) II, p. 121. — Stübel, *Proc. crim.*, § 832-36.

4 P. e., in materia d'amore.

5 P. e., se una donna minaccia taluno di denunziarlo come suo seduttore quando non paghi 100 fiorini, colui potrebbe indursi a sborsare tal somma per togliersi dalla molestia di quella minaccia.

(*a*) Morin, Repert. I, pag. 273.

6 Art. 52 C. C. C.

7 P. e., se un capo d'ufficio, avendo de' sospetti sopra un suo dipendente, lo interroga, e questi confessa d'avere effettivamente commesso il reato.

8 Quanto più è generica tanto meno sarà credibile.

scendo le conseguenze della confessione, e la seria importanza dell' occasione in cui la faceva [9], abbia propriamente voluto dire il vero [10], oppure che abbia voluto soltanto fare un racconto, per celia, a una brigata d'amici [11].

4.° Finalmente, quale sia stato il suo contegno; giacchè può far conoscere se abbia parlato sul serio o per ischerzo [12]. Qualora la confessione stragiudiziale sia stata fatta in iscritto, ne resta al certo rafforzata la presunzione che lo scrivente abbia ponderate le conseguenze della sua confessione; ma ancor non basterebbe a far prova piena [13], giacchè anche chi scrive può avere confessate cose non vere per motivi speciali, anzichè essere stato mosso dall'*animus confitendi* [14] (*).

II. Affinchè la confessione faccia prova è necessario, inoltre, che sia stata fatta dinanzi al Giudizio inquirente competente e costituito secondo la legge. La ragione si è che fan prova soltanto gli atti assunti nelle debite forme dal giudizio criminale, perocchè allora soltanto si è sicuri che l'imputato sia stato sentito in esame nei modi prescritti, e che abbia risposto conoscendo le gravi conseguenze di una confessione. Quindi è che se, p. e., in una causa civile [15]

9 Se, p. e., il giudice sopraggiunto subito dopo, lo interroga.

10 Se, p. e., uno che ha ferito gravemente un suo amico, si reca da lui, che è prossimo a morire, e gli confessa il suo reato per ottenere il perdono.

11 Così se taluno, a cui furono promessi 30 fiorini purchè bastonasse B., dice d' aver adempiuto il mandato per guadagnare la somma.

12 P. e., se confessa piangendo e dimostrandosi pentito.

13 Suppongasi p. e., che per ischerzo o per vanto avesse scritto a un amico.

14 Sulla confessione stragiudiziale vedi Bentham, *Des preuves judiciaires* vol. I, pag. 557. — Rolin, *De probat.*, p. 88. — Honhorst, *Jahrbücher des bad. Oberhofger.* (Annali della Corte suprema di giustizia di Baden) I, pag. 92.

(*) Il Reg. Austr. parla della confessione stragiudiziale nel § 140 dove sono enumerate le prove *incomplete*. È una prova incompleta « la confessione fatta da taluno a voce o *in iscritto*, non munita di tutti gli estremi richiesti dalla legge per la forza legale della prova (dunque anche quella non fatta in giudizio) ma pure meritevole di credenza; ovvero il *vanto* datosi innanzi ad altre persone d'aver commesso il reato, specialmente quando le espressioni usate si riferiscono a circostanze del fatto che possono essere note soltanto a chi vi abbia cooperato ». Nel § 273 poi è detto: « In quanto documenti o scritti meritino fede come confessioni scritte, se provengono dall'imputato, si giudicherà giusta le norme date sulla prova composta ». Ma di queste prove incomplete e della prova composta si parlerà più particolarmente nella P.e VIII.a — A.

15 Kleinschrod. nella cit. mem. Sulla confessione, § 15. — Jul. Clarus, Sent. quæst. 54, N.° 5.

una delle parti fa una confessione [16], subentra un altro principio: Che, cioè, nel processo civile la confessione va regolata secondo le norme dell' acquiescenza, poichè il convenuto può anche aver avuto uno speciale interesse di concedere qualche cosa non vera [17], poco curando del resto le conseguenze civili della confessione.

Quanto alle confessioni fatte dinanzi alle autorità di polizia [18], il motivo per non ammetterle siccome provanti stà in ciò, che siccome gli impiegati di polizia sentono l'imputato in un esame affatto sommario, e talora non scevro da domande suggestive e capziose, si dee giustamente temere del modo con cui la confessione è stata ottenuta. † Nel processo fondato sul principio della oralità è ancor più importante il decidere qual valore si debba attribuire alla confessione fatta nella istruzione preliminare dinanzi alla polizia, perchè può darsi che l' accusato la ritratti nel publico dibattimento. Epperò non si possono lodare quelle leggi nuove (e son parecchie) le quali attribuirono forza di piena prova anche alla confessione fatta dinanzi alle autorità di polizia (*a*), poichè spesso accade che gli esami siano stati assunti con poca attenzione, o con domande palesemente suggestive, o persino con minacce. Si sarebbe dovuto almeno riconoscere che, giusta i principj del procedimento orale, la sola confessione fatta dinanzi ai giudici decidenti ha valore di prova legale; e non si doveva, per

16 P. e., se l' imputato aveva già confessato l' adulterio nella causa di separazione di letto e mensa.

17 P. e., un marito, che sarebbe contento di separarsi dalla moglie, potrebbe dichiararsi colpevole di adulterio.

18 Jenull, *Dir. Crim. Austr.* IV, pag. 18.

(*a*) Il Reg. Austr. stabilì al § 264 lett. *e*) che la confessione dev' essere fatta o all' atto del dibattimento innanzi al giudizio a cui spetta pronunziare la sentenza, ovvero nel processo d' inquisizione innanzi al giudice inquirente, od innanzi alla Pretura, quando agisce (come accade nel Regno L-V.) qual giudice inquirente. Rispetto alle autorità di sicurezza bisogna notare che la legge le parifica ai Giudizj solamente in quei processi che furono loro demandati, quali sono le minori contravvenzioni d'ordine publico, p. e., i guasti alle lanterne, il corso troppo veloce con carri, e simili. Il Reg. Austr. non dee dunque porsi tra quelle leggi che equipararono la confessione fatta innanzi alle autorità di polizia, a quelle fatte in giudizio; e il cons. Hye ne' suoi *Princ. fondam.*, pag. 490 (dell' ediz. ital.) facendo spiccare (in nota) questa distinzione, conchiuse dicendo, che la confessione fatta innanzi ad un' autorità di publica sicurezza, e che non si riferisca ad una contravvenzione demandata alla cognizione di quest'ultima, non potrebbe servire di prova, qualora fosse stata ritrattata innanzi al giudice inquirente od al dibattimento. — Il cod. di Berna, invece, all' art. 349 dichiara sufficiente la confessione fatta dinanzi all' autorità di polizia.

conseguenza, essere troppo facili a presumere che anche la confessione deposta nella inquisizione preliminare sia efficace, per la soverchia facilità che hanno i giudici istruttori, mossi da eccessivo zelo, di procedere tropp'oltre, od anche per il pericolo che la confessione non venga registrata fedelmente (*b*). Quando poi accada che l'imputato dichiari essergli stata estorta con mezzi illegali la confessione che si trova negli atti dell'inquisizione preliminare, oppure essere stata scritta inesattamente, allora suolsi non di rado sentire come testimonio al dibattimento il giudice istruttore. Questi però, è ben naturale che confermerà essersi proceduto affatto legalmente, ed eserciterà con ciò una impressione sui giudici decidenti; ai quali forse sfuggirà che il giudice istruttore, sentito come testimonio, si doveva necessariamente trovare in uno stato di coazione, pel desiderio di non palesare la commessa illegalità, da cui potrebbero derivargliene conseguenze dannose, o che, fors'anche, pel lungo tempo trascorso, poteva a stento ricordarsi del come fosse seguita la cosa † (*).

III. È necessario inoltre che la confessione sia fatta in modo *espresso* e che sia stata registrata colle debite forme nel protocollo del giudice, al tempo stesso in cui venne fatta. Che se, al contrario, è stata scritta solo più tardi, può facilmente dubitarsi se il giudice abbia ritenuto con precisione ed intierezza le cose confessate, e se con pari fedeltà e intierezza le abbia poi trascritte [19]. Non potrebbero

(*b*) Lo ammettono anche Helie, *Traité*, vol. V, pag. 735, e Morin, *Journ. de droit crim.*, pag. 168.

(*) Questa osservazione vale per tutti i casi in cui l'imputato eccepisca sulla legalità del contegno del giudice inquirente, oppure sul tenore del protocollo giudiziale. Si verificò il caso d'un testimonio assai importante il quale nel suo esame scritto appariva aver giurato, mentre al dibattimento dichiarava di non avere prestato il giuramento. E siccome intanto egli stesso trovavasi sotto processo per furto, così a termini del § 152 del Reg. Austr. di proc. pen., non poteva nemmeno più essere ammesso a giurare, laonde venne meno la prova *testimoniale*. Se si fosse sentito in esame il giudice inquirente, per sapere se il testimonio avesse giurato sì o no, egli avrebbe forse dovuto confessare, che per svista aveva registrato nel protocollo ciò che non era avvenuto. In quel processo però eravi contro l'accusato una sufficiente prova *indiziaria*, e quell'indagine potè essere ommessa — A.

19 O se, p. e., non v'abbia aggiunte, cose di sua fantasia, a completar il racconto. S'intende però che quando il protocollo sia poi stato letto all'imputato ed egli lo abbia confermato, scompariscono i dubbj sulla forza provante. (Tuttavia sarebbe una pratica sommamente pericolosa, quella d'accontentarsi di sì poco, giacchè ben di rado l'esaminato, che per lo più appartiene al popolo meno educato, sa comprendere il

adunqué bastare certe confessioni *tacite* [20], che si deducono dal contegno dell'imputato o da certe speciali sue espressioni, che tutt' al più potranno costituire un indizio, da giudicarsi però secondo le norme della prova artificiale. E quand'anche il giudice avesse prefinito un termine all'imputato, che si rifiuta ostinatamente a rispondere, colla diffida che, persistendo nel silenzio anche dopo quel termine, considererebbe vera la imputazione, nemmeno allora il silenzio potrebbe equivalere ad una confessione [21]. E infatti quel silenzio potrebbe anche essere effetto d'ostinazione o d'una promessa fatta ad altri, e non per questo vorrebbe significare che l'inquisito avesse commesso il fatto di cui è imputato; e ciò tanto meno in quanto che la massima dell'acquiescenza non è punto ammissibile nel processo penale (*).

Per le stesse ragioni non potrebbe qualificarsi come una tacita confessione, nemmeno il componimento conchiuso tra l'imputato e l'offeso [22]; poichè il desiderio di liberarsi da una molesta pretesa, o di evitare una denunzia, che, anche infondata, può pur sempre recar pregiudizio [23], è motivo bastevole per indurre anche un innocente a fare piuttosto un qualche sacrificio di danaro. Ben è vero che il diritto Romano sembra aver dedotto dalla transazione

vero senso dello scritto, di cui forse gli si dà una lettura affrettata e poco chiara, laonde la sua conferma non potrebbe far tranquilli i giudici decidenti — A).

20 Stübel, *Proc. crim.* § 756. — Martin, Tratt., § 76.

21 Martin, ivi, nota 2.

(*) Vedi anche la nota **, a pag. 59 del presente volume — A.

22 Quando, p. e., venne promessa a un derubato una data somma colla condizione che non facesse denunzia del furto.

23 Tal sarebbe il caso d'una fanciulla che sostenesse d'essere stata sedotta da un sacerdote, e lo minacciasse di denunziarlo all'autorità ecclesiastica, qualora non si assoggettasse a pagarle 100 fior. (Avviene sovente volte in casi di simil natura, quando un uomo di civil condizione, e fors' anche in posizione ragguardevole, si trova in pericolo di essere denunziato come seduttore, che egli paghi una somma alla donna che si dice sedotta. I Tribunali non sogliono considerare queste transazioni come confessioni tacite, ma non sarebbe ragionevole poi il negarvi ogni peso, poichè, quando non risultino motivi speciali che la spieghino, la transazione palesa di certo la coscienza di aver violata la legge. Epperò, come elemento di convinzione, ossia come nesso tra l'autore e il reato, vale certamente a rafforzare la prova che dee risultare da altre fonti. Ed anzi, date certe circostanze, e massime se l'imputato avesse *cercato* di stipulare una transazione, e l'offeso l'avesse respinta, potrebbe vedervisi uno speciale indizio, quello d'aver tentato di prevenire le investigazioni dell'autorità, di cui parla il Reg. Austr. al § 158, N.° 11 — A).

sul delitto una tacita confessione [24], ma questo principio valeva soltanto pei delitti privati [25], poichè reputavasi che il pregiudizio congiunto alle pene di tali delitti non fosse abbastanza grave da poter indurre anche un innocente a prendere sopra di sè falsamente la responsabilità di un delitto onde sottrarsi alla pena; mentre che nei delitti capitali anche il diritto Romano ammetteva [26] non potersi trarre alcuna conclusione dal componimento tra l'accusato e l'accusatore; poichè ben si comprendeva che il timore di quelle pene gravissime bastava ad indurre anche l'uomo innocente a togliersi, con un sacrificio pecuniario, al pericolo di venire accusato. A ragione poi la pratica [27] estese a tutti i casi questa considerazione, che è consentanea all'amor della vita e de' suoi beni, col non dedurre mai una confessione tacita da qualsiasi transazione occorsa sopra i delitti.

IV. La confessione, affinchè faccia prova, dev' essere l'espressione della volontà che ha l'imputato di dire il vero, e perciò anche il modo con cui viene deposta dee allontanare ogni dubbio che possa essere stata l'effetto del timore, della violenza, dell'inganno, o dell'altrui influenza. Da tal principio derivano le seguenti regole:

1.° Non varrà la confessione quando sia stata ottenuta per mezzo di illecito costringimento [28]. E qui si distingua: *a*) se non s'abbia altra confessione che quella deposta dopo che l'imputato subì siffatto illegale costringimen-

24 Leg. 4, § ult., Dig. *De his qui notantur infam.* (III, 2.) « Item si quis furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, suo nomine damnatus, *pactusve erit*, simili modo infames sunt ». — Leg. 4, Dig. *De jure fisci* (XLIX, 14). « In fisci causis *pacti cum delatoribus pro confessis habentur* si modo pretium vel modicum dederunt ». — Leg. 18, cod. *De transact.* (II, 4), dove però si dice soltanto in quali crimini è permesso transigere.

25 Glück, *Erläut. der Pandekten* (Spiegaz. delle Pandette) vol. V, pag. 65.

26 Leg. 1, Dig. *De bonis eorum qui ante sentent. mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt:* (XLVIII, 21) « In capitalibus criminibus a Principibus decretum est non nocere ei qui adversarium corrupit (p. e., col transigere) sed in his demum quæ pœnam mortis contineat. Nam ignoscendum censerunt ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit ».

27 Tittmann, *Mon.* III, p. 562. Voet, Comm. ad Pand., Lib. II, Tit. 15, N.° 17-20.

28 E non parliamo già soltanto della tortura, che ora è diventata non altro che una ricordanza storica; ma di quelle punizioni corporali che vanno sotto il nome di Pene di disobbedienza, e delle quali già si è parlato a pag. 4, nota 4 della presente opera.

to; *b*) se, dopo cessata la violenza, e indipendentemente da questa, l'imputato abbia ripetuto liberamente la sua prima confessione. Nel primo caso la confessione non può avere al certo nessuna forza di prova [29], poichè non si può risguardarla come l'espressione della libera volontà, ed è permesso dubitare che l'imputato, onde sottrarsi a quel male a cui fu sottoposto, abbia preferito di assumere sopra di sè, anche contro verità, il reato di cui lo si incolpa [30].

29 Art. 20 e 56 C. C. C. Grollmann, § 470. — Kreinschnod, *Vom Geständniss* (Della confessione), § 17. — Gesterding, nuovo Arch. del dir. crim., vol. VI, pag. 681.

30 Il Reg. Austr. al § 266 (e nel cod. 1803 al § 401) stabilisce che « una confessione, la quale, contro il prescritto dalla legge, si fosse ottenuta mediante promesse, minacce, violenze, od altri mezzi illeciti, non può servire di prova legale ». E così pure nelle norme relative al modo di assumere il costituto dell'inquisito, dispone al § 177: « È assolutamente vietato di far uso di promesse, d'illusioni, di minacce, di mezzi coattivi e di qualsiasi altro artifizio, comunque diretto a buon fine, per indurre l'imputato alla confessione; e del pari non è lecito di mandare in lungo la inquisizione coll'adoperarsi perchè l'imputato si renda confesso ». Tali sono le disposizioni della legge; ma come accertarsi che sia stata obbedita? Già l'Autore accennò di sfuggita ad un mezzo coattivo che è ancora a disposizione dei giudici inquirenti, dove disse (vedi sopra, pag. 290) che è facile provocare una confessione non veritiera, od allungando l'arresto d'inquisizione, od inasprendolo. Non è qui il luogo di trattar la quistione, quali requisiti si debbano verificare per procedere all'arresto inquisizionale; poichè se da un lato dovremmo riconoscere che pur troppo (almeno nei nostri paesi) quando l'inquisizione ha luogo a piede libero le tergiversazioni e le lungaggini sono quasi inevitabili; dall'altro non potremmo tacere che taluni giudici inquirenti sono assai facili a decretare l'arresto. La legge ne dà essa medesima un comodo pretesto nel § 156 (del Reg. di proc. pen. austr.), stabilendo che *debba* ordinarsi il formale arresto d'inquisizione quando sia a temersi che il procedimento possa rendersi vano per concerti dell'imputato coi correi o coi testimonj. Ora, quando l'imputato è negativo, sarà sempre possibile di far la supposizione che voglia corrompere i testimonj o i compagni, o sopprimere le tracce del reato; e la sola negativa basterà a far decretare una misura sì grave. E così vediam di frequente avvenire in pratica; ed anzi i pratici sono, su questo rapporto, tenacemente contrarj ai teorici. La legge però viene in tal modo resa più dura di quel che sia veramente, poichè non v'ha dubbio che la negativa non può legittimare alcuna presunzione sfavorevole all'imputato; epperò la misura dell'arresto si risolve in una coazione a far confessare, per una arbitraria supposizione di concerti e raggiri tra l'imputato e i testimonj, senza che v'abbia, come di certo esige quel § 156, una ragione *positiva* di sospettarli. Anche il prolungamento illegale dell'arresto è in balìa del giudice inquirente; ed egli potrebbe sempre addurre a sua scusa i molti ed urgenti lavori d'altre procedure, per giustificare i lunghi intervalli che lasciasse a bella posta trascorrere tra un esame e l'altro dell'imputato, onde indurlo a confessare la sua reità. Non diciamo che questo disordine avvenga, e non vogliamo nemmeno supporlo; ci basta di accennare che *per legge*, è *possibile*. Come si possa prevenire a questo abuso non è argomento che debba essere qui discusso; ma un buon rimedio sembra quello di computare almeno in parte, la durata della custodia preventiva e dell'arresto inquisizionale nella pena proferita; intorno a che vedi nei nostri *Studi sul cod. pen. tosc.*, p. 37 — A.

Nel secondo caso subentra il dubbio che l'imputato abbia temuto la ripetizione di quel costringimento, a cui fu sottoposto una volta, qualora si faccia a ritrattare la confessione, e che perciò l'abbia rinnovata sotto la permanente pressione del terrore e della violenza. Tuttavia è giusto ammettere che si ponno concepire de' casi in cui la coazione impiegata da prima sia stata senza qualsiasi efficacia sulla confessione liberamente fatta di poi [31], sicchè non potrebbe questa venir esclusa pel solo motivo che la precedente non fu libera. Ma allora è necessario [32]:

a) Che l'imputato non avesse propriamente più a temere [33] che la violenza si ripetesse [34];

b) Che egli sia persona che non si lasci talmente sopraffare dal timore, da non essere in grado di fare una dichiarazione libera della sua volontà.

c) Che la confessione posteriore sia circostanziata, e corrisponda esattissimamente alle altre prove.

† Se però v'ha ragione di dubitare ancora, che la violenza o la minaccia impiegata nel caso concreto, abbiano potuto indurre l'imputato a una confessione non vera, si riterrà questa per insufficiente (*a*). E del resto giova anche notare, che talora concorrono terze persone a costringere con mezzi riprovevoli l'imputato a confessare. Così certi padroni, venuti in sospetto d'esser derubati da'loro domestici, promettono loro che non faranno alcun uso della confessione che facessero, oppure si lascian condurre persino alle minacce † (*b*).

2.° La confessione è viziata ogni volta che non apparisce del tutto *originale*, vale a dire se fu non solamente provocata, o meglio occasionata, da domande generiche,

31 Così infatti il Reg. Austr. § 266 dispone, che se la confessione estorta, « venne poscia ripetuta in istato di animo libero da ogni influenza illegale, e contiene circostanze di fatto che si accordino colle verificazioni sulla qualità del reato, e che non potrebbero esser note all'imputato, se egli non ne fosse l'autore, anche una tale confessione può valere come prova legale ».

32 Tittmann, *Man.* III, pag. 481. — Hohnhorst, Annali della Corte suprema di Baden VI, pag. 356.

33 Gioverà ottimamente a questo fine il far esaminare l'imputato da un inquirente diverso da quello che aveva impiegata la coazione.

34 Un caso riferito da Arnim dimostra come bisogni esser cauti in questo argomento, *Bruchstüke über Verbrechen* (Frammenti di diritto criminale).

(*a*) Vedi il § 266 del Reg. Austr. qui sopra riferito nelle note 30 e 31.

(*b*) Intorno a ciò provvede assai bene il diritto inglese, come spiega Greenleaf nel suo *Treatise*, (Trattato), vol. I.

ma veramente *suggerita* [35]. Non si creda però che qualunque confessione fatta in un esame nel quale occorse una domanda suggestiva [36], sia per ciò solo invalida. Ciò che si tratta di sapere è, se si possa credere che l'imputato sia stato indotto propriamente dalla domanda suggestiva a confessare un delitto da lui non commesso, per guisa che lo si debba dichiarare colpevole, e se quella domanda fosse veramente tale da indurre anche un innocente a fare una confessione insincera. Una interrogazione colla quale si proponesse all'imputato ciò che si vuol sapere da lui, non sarebbe ancor tale da indurlo ad apporre a sè stesso un misfatto non vero, approfittando di quella occasione per rispondere affermativamente; chè anzi se uno si determina a tal confessione sopra una domanda suggestiva, dee supporsi che esistesse un'altra ragione, diversa da tal domanda, che lo conducesse a confessare la sua reità. Il disgusto della vita: la speranza di certi vantaggi che l'imputato vuol conseguire col dirsi reo: fors'anche la già subita tortura, son tutte cagioni che possono spingerlo a confessare una reità insussistente onde sottrarsi ai mali che lo opprimono. Il divieto delle domande suggestive, che leggesi nel diritto Romano [37] e nella Carolina [38], si riferisce appunto alla tortura, poichè si vedeva il pericolo non soltanto che l'imputato sottoposto a tortura venisse interrogato in generale sulla imputazione, ma gli venissero esposte circostanze cotanto speciali da apparire poi egli, perciò stesso, narrandole, veramente reo, mentre che le avrebbe potute apprendere nella stessa domanda suggestiva che gli fu fatta.

Se non che attualmente, nel nostro processo penale, tutto questo non può verificarsi [39], poichè ora non vi son più nè tortura, nè pene di disobbedienza. L'innocente non

35 Bentham, *Rationale*, ecc., vol. II, pag. 54. *Traité des preuves*, vol. I, pag. 122. — Carmignani, *Teoria delle leggi*, ecc., vol. IV, pag. 69 e 135 (Lib. IV, C. 5 e 8).

36 Vedi le opere citate nella mia *Proc. pen. ted.*, § 106.

37 Leg. 1, § 21, Dig. *De quæst.* (XLVIII, 18): « Qui quæstionem habiturus est non debet specialiter interrogare, *an Lucius Titius homicidium fecerit*, sed generaliter *quis id fecerit:* alterum enim magis suggerentis, quam requirentis videtur ». L'autore svolse questo passo in una sua dissertazione *De nullitatibus in caus. crim.*, § 19. (Il qual passo a noi sembra alludere ai testimoni, e non agli imputati — A).

38 Art. 56 C. C. C.

39 Parst, *über Suggestionen* (Delle dom. suggest.), pag. 68. — *Proc. pen. ted.*, § 106.

vorrà adunque preferire di confessarsi reo, giacchè può negare nudamente ciò che verrebbe supposto in una domanda suggestiva. Può darsi, è vero, che egli si trovi preso da una specie di esaltazione mentale, o che sia mosso da qualche altra somigliante causa; ma allora poi la suggestiva è affatto innocua, giacchè il Tribunale può facilmente persuadersi che l'imputato fosse alterato di mente, e che, per conseguenza, la sua confessione non merita fede. Voler poi mettere in dubbio la credibilità di qualunque confessione fatta in seguito a domanda suggestiva, non sarebbe cosa conveniente[40], poichè spesse volte non è nemmeno possibile di sentir in esame l'imputato senza farlo risovvenire in qualche modo delle cose di che trattasi (*), atteso che egli si rifiuta di rispondere alle domande più generiche che gli vengono dirette (**).

Or dunque se deve ammettersi, in tesi astratta, che una confessione fatta in seguito a una domanda suggestiva abbia ciò nondimeno forza di prova, gioverà esporre alcune regole per ben valutarla:

a) Tutte le volte che vennero adoperati contro l'imputato mezzi coattivi del genere della tortura[41], e nel tempo

40 Stübel, *Proc. crim.*, § 1988. — Gaollmann, § 471: — Titthann, *Man.* III, pag. 362.

(*) Nel testo:.... *da häufig ohne Suggestionen keine Vernehmung des Angeschuldigten möglich ist.* La traduz. francese dice al contrario: *souvent, d' ailleurs, l' interrogatoire est impossible si l' on y a recours* (*aux suggestions*) dove è ovvio che fu stampato *si l' on y* per isbaglio, in vece di *si l' on n' y.* Per conseguenza poi la traduz. di Palermo dice: *d' altra parte, spesso l' interrogatorio è impossibile volendovisi ricorrere* (cioè *alle domande suggestive*); il che, come vedesi, non significa nulla — A.

(**) Dopo le domande generali del nome, cognome, ecc. si dee fare all' imputato la domanda generica: « s' egli sappia il motivo del suo arresto (quando sia arrestato) o il motivo della sua chiamata ad esame » (§ 174, Reg. Austr.). Così è aperto l' adito a fare una spontanea confessione; se poi risponde di non saperlo, allora è pur necessario che il giudice lo indirizzi, domandandogli, p. e., se conosca il tale (p. e., l' ucciso), e se sappia che cosa sia di lui; dove egli si trovasse il tal giorno, o la tal notte, e simili; le quali non sono però domande suggestive, propriamente dette, benchè indirizzino l' imputato a rispondere sopra l' argomento di che si tratta. Frequentemente poi si vede in pratica che anche i testimonj vengono interrogati colla domanda: « se sappia o s' immagini il motivo dell' esame ». Questa domanda è però evidentemente riservata all' imputato, poichè egli solo *dovrebbe* sapere il motivo del suo esame, laddove i testimonj potrebbero essere stati presenti, anche senza volerlo, a molti fatti fors' anche irrilevanti, che la giustizia ha bisogno di conoscere — A.

41 Sono tali anche le pene di disobbedienza, poichè vi son uomini sui quali fan tale impressione, anche morale (p. e., le battiture) da indurli a confessarsi falsamente colpevoli piuttostochè sottoporsi a quelle pene. La pena dei colpi di bastone è sì selvaggia, e offende talmente la

istesso gli vennero dirette domande suggestive, la confessione che ne è conseguita sarà viziata.

b) Così pure è viziata anche quando il fatto in genere del reato non risulta che dalla confessione, e l'inquirente s'adopera con domande suggestive per conoscerne i particolari [42];

c) o quando l'imputato è tal persona nella quale si possa temere che predomini o la noja della vita, od altra simile condizione d'animo;

d) o finalmente quando la domanda contiene l'indicazione dei correi e ne suggerisce i nomi e la partecipazione presa nel reato [43]. E in questo caso siccome l'imputato figura come testimonio [44], è da temersi che, non trattandosi propriamente di lui, risponda con leggerezza, e si limiti ad affermare ciò che gli vien suggerito; oppure che, prevalendosi dell'occasione per celare i veri correi, confermi senz'altro i nomi che gli furono proposti.

Tuttavia anche questi son dubbj e nulla più: e per essi può ben disputarsi se si abbia da dar fede o no alla confessione, ma non ne viene che questa sia *nulla* senz'altro, poichè i dubbj ponno anche dissiparsi. La qual cosa avverrà in ispecie allorquando l'imputato, rispondendo ad una suggestiva, non si sarà limitato ad una nuda conferma, ma avrà esposte le particolarità del fatto, scostandosi così dal vago tenore della domanda [45]; oppure allorquando la confessione, al pari di ogni altra affatto spontanea, contiene tante di cotali particolarità che un innocente non le potrebbe conoscere; e d'altra parte sia manifesto che il confitente non è nè stanco della vita, nè leggiero al punto

dignità umana, che ove venisse minacciata ad una persona di civile condizione affinchè si confessasse colpevole, questa potrebbe preferire una lunga prigionia all'abbiezione di quel castigo. Nel cod. pen. austr. del 1803 era pur troppo assai prodigata; ma nelle nostre provincie i giudici non ne facevano quasi mai uso, tranne qualche caso veramente eccezionale, p. e., come misura disciplinare contro detenuti insubordinati e pericolosi. Ora poi è abolita del tutto nel Reg. del 1855. Ma è desiderio d'ognuno che sia abolita anche come inasprimento di pena (§ 19 cod. pen.), di che una prova si vede in ciò che nelle sentenze dei nostri Tribunali non viene mai ordinata — A).

42 P. e., se l'imputato avesse fatta una confessione generica e il giudice gli suggerisse le singole circostanze.

43 Art. 51 C. C. C.

44 Riguardo alle domande suggestive dirette ai testimonj, vedi Parst loc. cit. I, pag. 111-119. — Kitka, *della constataz. del fatto*, § 158.

45 Heffter, *Man. di dir. crim.* Halla, 1853, § 616.

da rispondere senza aver considerato il senso della domanda (*a*) (*).

3.° Quando siano state fatte domande capziose [46] è da

(*a*) † Il Reg. Austr. richiede, nel § 264 lett *c*), che la confessione consista in un proprio circostanziato racconto, e non già in semplici affermazioni di domande a lui fatte. †

(*) Come i lettori hanno veduto, il nostro Autore tratta della suggestione come di un vizio che può far dubitare della *originalità* e *libertà* della confessione, ma non la considera una causa di nullità assoluta ed irrimediabile, se non quando la confessione comprenda *unicamente* quelle circostanze di fatto che furono suggerite nella domanda, e perciò non sia un circostanziato racconto proprio del confitente, nè sia convalidata da altre prove. Questa è anche, se non prendiamo errore, la teorica del Reg. Austr. di proc. pen., giacchè nel § 264, tra le condizioni volute per la validità della confessione, non è punto prescritto che non debba essere stata provocata da domanda suggestiva. È detto soltanto che dee consistere in un circostanziato racconto, proprio del confitente, e non già in semplici affermazioni di domande a lui fatte. Se adunque l'inquirente domandasse per prima cosa all'imputato: *Perchè avete voi ucciso Tizio?* e l'imputato raccontasse circostanziatamente l'omicidio commesso, con tutti i particolari, i quali poi si accordassero, almeno nell'essenziale, coi dati raccolti, non saprebbesi perchè questa confessione dovesse essere nulla. Ben è vero che nel § 176 è ordinato in via generale che « *si eviteranno onninamente le domande colle quali si suggeriscono all'imputato circostanze di fatto, che si tratta appunto di stabilire mediante la sua risposta* (*domande suggestive*) » sicchè potrebbe argomentarsi che se è proibita la domanda, dev'essere inefficace anche la risposta per effetto del § 266; nondimeno per conciliare le due disposizioni di legge è uopo ammettere la distinzione, che scaturisce anche dal testo del nostro Autore, tra la nuda risposta che afferma ciò che è compreso in una domanda suggestiva, e il circostanziato racconto *provocato* da domanda siffatta. Quella è di niun effetto legale per le combinate disposizioni dei §§ 176, 264 lett. *c*) e 266; questo può avere legale efficacia come confessione, quando concorrano le altre condizioni del § 264 e nulla venga a farne dubitare (§ 260). La differenza è infatti assai bene discernibile. Se l'imputato non altro fa che rispondere affermativamente alla domanda suggestiva, non somministra alcun elemento con cui si possa valutare la credibilità della confessione, poichè nulla disse di spontaneo, di suo; e se la domanda è scindibile in due o più circostanze non è certo a quale si riferisse la risposta, come quando, a cagion d'esempio, si domanda all'imputato se la notte tale avesse con sè Cajo mentre passava per la tal contrada; chè se egli rispondesse che aveva con sè Tizio, non avrebbe detto ancora *egli stesso* che fosse passato per quella contrada. Se all'incontro l'imputato vi aggiunge che infatti vi passarono insieme, e incontrato Sempronio, lo derubarono, la confessione sarebbe bensì stata *occasionata, provocata*, dalla suggestiva, ma non vi sarebbe *implicita*. Egli è in quel primo significato che, secondo il nostro pensamento, van prese le forti censure che leggonsi negli scrittori contro le domande suggestive; vedasi il § XXXVIII del libro di Beccaria; e Carmignani nella *Teoria*, pag. 155 del IV vol. (Lib. IV, c. VIII) ed altri ancora, i quali tutti parlano, e giustamente, della suggestiva, come di una soperchieria, e di una insidia, indegna d'onesto giudice; ma sarà facile convincersi che essi dichiarano nulla soltanto quella confessione che consiste in una *mera affermativa* con cui si ammettono *implicitamente* cose comprese nella domanda, e non dette dall'imputato — A.

46 Vedi su di ciò la mia *Proc. pen. ted.*, § 101. Le domande capziose son definite da Feuerbach, nel suo *Lehrb.* (Tratt. di dir. crim., § 653) quelle che hanno più sensi ed aspetti, per modo che, sia affermando, sia negando, l'imputato ammette sempre qualche cosa che gli nuoce.

distinguere: se dalla risposta datavi dall'imputato si possa soltanto *argomentare* che egli ha preso parte (*) al reato 47, oppure se l'imputato, stretto da domande capziose, abbia fatta una confessione espressa e completa. Nel primo caso non è nemmeno da parlare di confessione provante, poichè sarebbe stata soltanto tacita 48, e per conseguenza non sufficiente per far proferire una condanna. Nel secondo caso non si potrebbe promuovere altro dubbio fuor quello che l'imputato, sorpreso da quelle domande insidiose, delle quali forse non ha nemmmeno compreso bene il senso, possa essersi trovato trascinato a confessare un delitto che non ha mai commesso. Contro questo dubbio però starà sempre la considerazione, che, nel più dei casi, la natura umana non concede che un innocente si confessi colpevole e si esponga a subire una pena, per causa da poco, quale è di certo una domanda capziosa. Laonde, quando taluno abbia fatta una confessione accompagnata da tutti i requisiti, e confermata dalle altre prove, la domanda capziosa 49 potrà essere considerata, al più, come l'occasione, la spinta, che balzò l'imputato fuor della sua ostentata e preparata impassibilità, e lo costrinse a prestare orecchio alla voce del vero; ma nessun dubbio potrà insorgere sulla credibilità della confessione 50; poichè come mai un innocente avrebbe potuto trovare in quelle domande capziose un motivo bastevole ad indurlo a confessare ciò che non ha fatto? Se però la domanda si riferisce a qualche circostanza, sulla quale l'imputato avesse idee poco chiare 51, allora certamente la risposta datavi lascerebbe dubitare che egli, per la sorpresa, avesse detto più di quel che voleva 52, massime se fosse timido o debole di spirito.

(*) Il testo dice *keinen Antheil*. L'Autore, interpellato, trovò giusto il nostro sospetto che fosse un errore di stampa, dovendosi leggere *seinen Antheil*. Così spiegasi perchè in questo periodo le traduzioni francese e palermitana dicono l'opposto di ciò che leggesi nella presente — A.

47 P.*e*., quando l'imputato, che negò sempre d'aver commesso l'omicidio, rispondesse improvvisamente di sì alla domanda: non è egli vero che voi avete recate sei ferite a Tizio?

48 Stecher, *Ueber kaptiöse Fragen* (delle dom. capziose), pag. 39.

49 Non si dee tacere però che le domande capziose astutamente coperte, sono un atto imprudente, anzi indegno. Kitka, nel giornale di Wagner per la giurisprud. Austr. 1851, fascicolo d'agosto, pag. 84.

50 Stübel, *Proc. crim.*, § 1995. — Tittmann, *Man.* III, pag. 561.

51 Avvenne, p. e., in un caso che l'imputato (il quale aveva fatta la guardia mentre commettevasi un furto) venne interrogato: non è egli vero che se fosse sopraggiunto qualcuno, voi gli avreste sparato contro?

52 Anche Martin, nel suo *Lehrb. des crim. Proc.* (Tratt. di proc. pen.), § 73, nota 3, move eccezioni contro le domande capziose.

4.° Se l'imputato confessò per effetto di un errore, in cui l'inquirente lo avesse posto con false asserzioni o promesse [53], resterebbe molto da dire circa la forza provante della sua confessione [54], purchè però l' errore fosse di tal natura da poter indurre anche un innocente a confessare un reato non commesso. Tal sarebbe il caso di chi fosse stato assicurato della impunità a patto che palesasse i compagni, o se gli fosse stata promessa una pena sì lieve, da persuaderlo a preferirla ad una più lunga e angosciosa inquisizione [55]. Ma se, al contrario, l'errore ha bensì determinato l'Inquisito a confessare [56], ma non era di tal natura che un innocente potesse esserne indotto a dirsi reo [57], l'inquirente potrà ben essere punito per aver adoperato l'inganno, o per aver fatte false promesse, ma la confessione, in sè medesima, non perderà la sua forza di prova.

CAPITOLO XXXV.

Dell' efficacia della confessione, massime rispetto alla prova del fatto in genere del reato.

Ogni circostanza di fatto che l'imputato confessa nelle debite forme, si considera come legalmente provata. Questa regola vale e per la prova del reato in genere, e per la prova che lo ha commesso l'imputato, e che ha agito con prava intenzione, non meno che per la prova che il fatto ha quei caratteri che ne accrescono la punibilità. Le difficoltà però si concentrano in ciò: se colla sola confessione, ed in mancanza di altre prove, si possa considerare

53 Od anche l'inserviente d' ufficio, incaricato non di rado di eseguire cotali atti artificiosi per illudere l'imputato, (p. e., fingersi imputato esso pure d'altro reato, confessando il quale fu lasciato libero).

54 Tittmann, *Man.* III. pag. 481.

55 La confessione sarebbe viziata anche nel caso in cui il confitente la avesse fatta allo scopo di salvare un terzo di cui gli fu promessa la grazia od una lieve punizione a patto che egli confessasse. (Suppongasi che siano processati due fratelli per un omicidio commesso nella loro casa, e che l'inquirente promettesse ad uno che, se egli si confessasse reo, suo fratello sarebbe dichiarato innocente).

56 Se, p. e., vien detto falsamente all'imputato, che il suo compagno ha già confessato la sua reità.

57 Circa la quistione: se il giudice abbia diritto d'impiegare l'astuzia, vedi la mia *proc. pen. ted.*, § 96.

provata anche la essenza di fatto (detta pure l'*ingenere*, il *materiale del delitto*, il *fatto obbiettivo*, il *corpus delicti*) [1].

Si distinguono anzitutto due casi: I.° quello in cui manca assolutamente qualsiasi prova che sia stato commesso un reato, sicchè la confessione resti isolata [2]. II.° Quello in cui dalle confessate circostanze particolari del fatto, si possa desumere che il fatto stesso *verosimilmente* accadde, ed i caratteri che lo qualificherebbero un reato non si possano bensì dimostrare *tutti e singoli* con altre prove, ma parecchie delle cose confessate risultino vere.

Nel primo caso, per le regole che già furono esposte, la confessione al certo non basta [3], perchè manca *qualunque* prova del fatto [4]; e siccome la confessione è appunto resa credibile dalla concordanza delle cose confessate colle altre prove [5], così non vale quando non si può controllarla per la mancanza assoluta del fatto in genere [6].

Nel secondo caso giova notare come l'opinione erronea che in prova del fatto si richiedesse sempre l' oculare ispezione, abbia prodotta eziandio l'altra [7], che la confessione non basti a stabilire il fatto in genere; laddove è un principio che si va sempre più accettando [8], quello che l'ispezione oculare è bensì *uno* dei mezzi di scoprire la verità, ma non il solo; e che son frequentissimi i reati che non lasciano tracce permanenti, per modo che il pretendere l'ispezione oculare sarebbe un pretendere l' impossibile [9]. Anzi non può tacersi che frequentemente lo stesso autor

1 Hagenbruch, *De effectu confessionis spontan. in crim. defic. corpore del. adhuc incerto.* Lipsia 1779. — Hommel, *An et quatenus certitudo corp. del. in proc. crim.*, Lips. 1775.

2 Si supponga che taluno confessi di avere ucciso, dodici anni fa, un uomo a lui sconosciuto che incontrò per istrada, e di averne gettato il cadavere in un fiume; e che tutte le indagini fatte per appurare qualche cosa di concreto, siano rimaste infruttuose.

3 E infatti non si sa nemmeno se colui, che l' imputato dice d'aver ucciso, abbia mai vissuto.

4 Tale è eziandio l'opinione di Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 159, (Lib. IV, c. 8).

5 Dice perciò la Leg. 1, § 17, Dig. *De quæst.* (XLVIII, 18) che la confessione non basta *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.*

6 Leg. 1, § 24, Dig. *De S. C. Silan.* (XXIX, 5) e Leg. 8, Dig. *De confessis* (XLII, 2) già riferite a pag. 291, nota 6 (Vedi anche Brugnòli, op. cit., § 204).

7 Vedi le opinioni degli antichi giureconsulti in Clarus *Sent. quæst.* 55, n.° 11.

8 Stübel *Della constatazione del fatto*, § 506. — Tittmann, *Man.* III, pag. 287.

9 *Proc. pen. ted.*, §§ 59 e 157.

del delitto cerca a bella posta di non lasciare alcuna traccia [10]. Ora, in casi di tal natura, v'è pur sempre la possibilità di stabilire il fatto col mezzo della confessione [11], e resta soltanto da trovar la maniera di sgombrare i dubbj che si possono presentare. Codesti dubbj dipendono 1.° dal carattere personale dell'imputato, a cui non si saprebbe attribuire il reato ch'egli confessa; 2.° dal timore che egli (perchè va contro alla natura col confessare un reato sconosciuto e col sottoporsi ad un male) sia affetto da alterazione di mente; 3.° dalla mancanza assoluta di tracce del reato confessato; 4.° finalmente dalla circostanza che certi reati hanno dei caratteri distintivi i quali non si ponno riconoscere debitamente, se non si hanno cognizioni tecniche [12].

Spetta all'inquirente [13] di adoperarsi nell'istruzione del processo onde allontanar questi dubbj; come spetta poi ai giudici decidenti di esaminare se questo scopo siasi raggiunto.

In quanto al primo, se, cioè, si possa attribuire il fatto all'incolpato, convien dare più precisi schiarimenti. Se l'imputato non ha quella forza fisica che dalle circostanze del fatto si arguisce essere stata adoperata per eseguirlo [14], vien meno anche la credibilità della confessione; laonde, mancandone la prima e principal condizione, non potrebbe nemmeno bastare per far proferire un giudizio di condanna. Così pure se il confitente ha esposte cose essenziali, che non si accordano con altre già poste fuor di dubbio dall'inquisizione [15], la confessione non è credibile [16]. Ma se, al contrario, si tratta di decidere se, avuto

10 P. e., una madre infanticida dà il suo bambino da mangiare ai majali.

11 Zeiller, *Jährl. Beiträge.* (contribuzioni annuali) II. pag. 157. Tittmann *Merkw. Criminalfälle.* (Casi notevoli di dir. Crim.) Wagner, Giorn. di giurisprud. Austr. 1826, fasc. di maggio, pag. 237; 1828 fasc. 4, p. 195. — Bopp, *Materialien der Gesetzgeb. in Hessen* (materiali di legislaz. in Assia) fasc. V, pag. 148. — Hoxhorst, Annali VII, pag. 267.

12 P. e. in caso di veneficio.

13 Nei nuovi codici vi son molte differenze; e tracciano parecchie condizioni nelle quali però predomina il criterio del Giudice. Cod. Austr. 1803, § 400 (vedi avanti, circa il Reg. 1853). Ordin. crim. pruss., § 156, 370, 376. Cod. Bav. art. 269. Intorno a ciò è utile a leggersi Gheln *Die peniliche Rechtspflege* (Dell'amministraz. della giustiz. crim.), pag. 158.

14 Come nell'esempio riferito a pag. 303, n.° 1.

15 P. e., egli confessa d'aver ucciso A nel dì 4 di gennajo; ma due testimonj depongono di averlo veduto vivo e sano il dì 6.

16 Così la Leg. 1, § 24 Dig. *De quæst.* (XLVIII. 18): « Præterea inimicorum quæstioni fides haberi non debet, quia facile mentiuntur; nec tamen sub prætextu inimicitiarum detrahenda erit fides quæstioni. »

riguardo alla vita sin qui tenuta dall'imputato, gli si possa attribuire il reato commesso [17], è uopo aver presente che quand'anche la precedente buona condotta faccia sorgere in favore dell'imputato la più favorevole presunzione, non si dee per ciò solo mettere in dubbio la verosimiglianza della confessione, imperocchè è cosa assai difficile e delicata il giudicare se una data persona debba dirsi capace del reato di che si tratta. E pur troppo il carattere d'un uomo non è sì facile da scrutare, poichè v' ha di quelli che vissero sempre nella opinione di purissimi, soltanto perchè niuna tentazione li assalse, ma poi, sopraggiunta, e prepotente, ecco manifestarsi la mala tendenza; ed altri che han saputo lungamente ingannare il mondo coll'ipocrisia, gettarono poi ad un tratto la maschera quando venne l'occasione [18]. Che se a codesta favorevole presunzione, nascente dalla buona condotta dell'imputato, s' aggiunge la mancanza di motivi che lo avessero potuto spingere a commettere il delitto; o se anzi ne esistessero di quelli che lo avrebbero dovuto trattenere dal commetterlo [19], il giudice dovrà essere doppiamente circospetto nel ponderare la credibilità della confessione (*).

II. Circa i dubbj che sorgono dal timore che il confitente siasi trovato in istato d'alterazione mentale, convien notare che codesti dubbj furono provocati dall' opinione erronea che la confessione sia essa medesima un atto contrario alla natura. Non si è considerato quanto basta che, per l'opposto, essa è la manifestazione dell'interna voce della coscienza, la quale perennemente spinge il reo a confessare, onde sollevare il cuore dall'opprimente peso

17 Il cod. Bav. all'art. 269, esige come condizione per la forza provante della confessione circa il fatto in genere, che l'imputato sia tal persona da cui possa realmente attendersi il reato. (Il testo dice: .... *dass der Angeschuldigte eine Person sei, zu welcher man sich des eingestandenen Verbrechens versehen kann.* Il Trad. franc. riprodusse il concetto colle parole:.... *que l'accusé, d'une manière ou d'autre, a donné lieu a ce que sa culpabilité n'étonne personne.* Ma il Trad. palermitano ne fece un logogrifo dicendo (pag. 211): *la confessione non può costituir la prova del corpo del delitto se non per quanto l'accusato in un modo o in un altro abbia dato luogo a questo fatto che la sua virtù non desta in alcuno meraviglia.* Ai lettori a decifrare il senso — A).

18 Vedi ottime osservazioni in Feuerbach, *Cause celebri*, II, pag. 111.

19 Quando, p. e. uno confessa d'aver ucciso colui, alla esistenza del quale egli aveva il massimo interesse, e da cui non aveva da ereditare cosa alcuna.

(*) Circa la così detta *capacità a delinquere* verrà occasione di parlare diffusamente trattando della prova composta — A.

di un misfatto occulto. In ogni caso, del resto, facendo diligenti osservazioni sull'imputato, è facile convincersi se quei dubbj siano fondati. La precedente condotta dell'imputato, il complesso del suo contegno quando fece la confessione e durante il processo, l'esame accurato del motivo che lo condusse a confessare [20], saranno gli elementi per i quali il giudice si troverà in grado di decidere se la confessione non sia altro che l'effetto d'una alterazione di mente.

III. I dubbj nascenti dall'assoluta mancanza di tracce svaniranno assai facilmente *a*) qualora risulti che per la qualità stessa del reato non vi potevano nemmeno essere tracce [21]; *b*) qualora la maniera particolare con cui il reato fu commesso, chiarisca come non ne siano rimaste [22]; oppure *c*) qualora risulti dalle altre circostanze del fatto il perchè non si possono trovare omai più, od almeno perchè se ne possono trovare soltanto alcune [23]. Su di che sarà necessario spesse volte di far giudicare dai periti, se sia possibile che il fatto, avvenuto in quel dato modo che è detto dal confitente, non lasciasse alcuna traccia [24].

IV. Rispetto all'ultimo dubbio, che cioè il reato confessato sia di quelli che dovrebbero avere certi caratteri estrinseci non altrimenti verificabili che per mezzo di ispezioni tecniche, bisogna distinguere: *a*) se si tratta di un reato, alla essenza del quale appartengono certi caratteri che sogliansi infatti verificare debitamente coll'opera dei periti [25], ma sui quali ogni dubbio è tolto dalle prove già raccolte di altre singole circostanze, in guisa che non si

20 Questa indagine ha una speciale importanza. Suppongasi che una ragazza si presentasse in giudizio e dichiarasse di avere, otto anni fa, ucciso segretamente un suo bambino illegittimo; di non aver più avuto pace, dopo d'allora, d'aver fatto voto, in una grave malattia sofferta or sono sei mesi, di palesare il suo misfatto, e d'essere stata rafforzata in questo voto da un sacerdote a cui si confessò. Or ecco un cumulo di circostanze che dimostrano abbastanza il perchè quella ragazza siasi indotta a manifestare spontaneamente il suo misfatto.

21 Come, a modo d'esempio, nei delitti *facti transeuntis* (la minaccia, la bestemmia, la calunnia, ecc.).

22 Se, p. e., il reo confessa di aver abbruciato il cadavere della vittima o d'averlo dato da mangiare ai majali.

23 Quando, p. e., taluno confessa d'aver ucciso un altro dieci anni fa, e d'averne sepolto il cadavere.

24 Se, p. e., possa darsi che nel luogo in cui il cadavere si direbbe sepolto, la decomposizione sia proceduta sì rapida da non esserne rimasta alcuna traccia dopo un dato numero d'anni.

25 P. e., sulla letalità delle lesioni.

possano spiegare altrimenti che ammettendo quei caratteri appunto, i quali, senza di ciò, si sarebbero dovuti accertare col mezzo dei periti [26]; *b*) se per accertare quei caratteri del reato siano assolutamente necessarie ispezioni tecniche pel motivo che l'imputato non ne possa dare precisa notizia e non si possa considerare egli stesso come un testimonio; il che può avvenire o perchè lo stato d'alterazione in cui egli si trovava al tempo del fatto non lascia supporre che lo abbia chiaramente percepito [27], o perchè si tratta di tali fenomeni, dei quali l'imputato (a meno che fosse egli stesso dell'arte) non avrebbe saputo conoscere la natura [28]; nei quali casi è certo che il fatto, almeno per ciò che riflette quei caratteri distintivi, non può dirsi accertato colla sola confessione. *c*). La stessa cosa vale anche pel caso in cui l'imputato espone certi fenomeni che accompagnarono il fatto, la influenza dei quali sull'esito che ne seguì (attese certe particolarità da lui pure confessate), soltanto i periti avrebbero potuto debitamente spiegarla, e siccome ciò non può farsi più, rimane impossibile anche la constatazione del fatto [29].

Così adunque non si può dubitare, che anche colla sola confessione dell'imputato è possibile di accertare il fatto in genere. È però necessario che vi siano tutte le con-

26 P. e., taluno confessa d'aver recate lesioni mortali ad un altro in un bosco, colla intenzione di ucciderlo, e di avervelo infatti lasciato per morto. Il cadavere non si trova più, ma v'hanno testimonj i quali depongono di averlo veduto giacente in quel bosco, otto giorni dopo il fatto. (E se quei testimonj dicessero d'aver veduto *un cadavere*, ma non lo avessero riconosciuto, nè sapessero descriverlo? Di certo non basterebbe — A).

27 Come quando una donna dice d'aver ucciso il suo bambino appena nato ch'ella aveva visto esser vivo. Non potrebb'ella essersi ingannata sulla vita del bambino, in quel momento dell'agitazione del parto? (S'intende nel caso che non siavi più il corpo del bambino da sottoporre a ispezione, onde accertare se avesse vissuto — A).

28 P. e., se l'imputato dicesse di aver tentato di avvelenare Tizio con dell'arsenico comperato da un merciajuolo girovago. Ma egli non può sapere se fosse propriamente *veleno*, o se non fosse stato esso pure ingannato. (Qui si suppone che, avendolo somministrato a Tizio, questi non ne abbia risentito alcun male, o non tale che si spieghi con un avvelenamento, sicchè non possa sapersi qual materia fosse — A).

29 P. e., l'imputato narra di aver dati più colpi sulla testa ad A, allorchè sopraggiunse un suo compagno che gliene diede degli altri. — Oppure confessa che durante un incendio diede dei colpi a B per stordirlo ed impedirgli in tal modo da accorgersi ch'egli voleva approfittar dell'incendio per commettere un furto, onde non lo denunziasse. Il cadavere di B si trova poi così mutilato e consunto che non riesce più possibile alcuna indagine dei periti. Qui la confessione non basterebbe a stabilire il fatto poichè non consterebbe se B fosse morto per le ferite o per effetto del fuoco.

dizioni di credibilità; chiarito lo stato mentale dell'imputato; provata la sua capacità personale a commettere il delitto; spiegato, e se occorre, con periti, che il fatto non poteva lasciar tracce e perchè; convalidate finalmente le cose confessate, per l'accordo cogli altri risultamenti del processo [30]. Circa quest'ultima regola si richiamino le cose già dette sulla concordanza tra la confessione e le altre prove. Non è necessario, per convincere il giudice della credibilità della confessione, che tutte e singole le circostanze di fatto confessate risultino eziandio da altre prove; ma basta che in parte appariscano veritiere per mezzo di altre prove [31], e in parte non siano inverosimili [32].

Aggiunta inedita.

Esaminando le diverse disposizioni delle leggi antecedenti che trattavano della quistione fin qui discussa (*a*), si scorge che non corrispondevano allo scopo; perchè da un lato la forma con cui erano concepite era sì vaga ed indeterminata, che tutto restava abbandonato al criterio del giudice; e d'altro lato il legislatore vietava inopportunamente al giudice di proferire sentenza di condanna anche in quei casi, in cui sarebbe stata giusta e solo per la mancanza di qualche requisito legale, p. e., di quello che il prevenuto fosse ritenuto capace di commettere il reato confessato. In conseguenza di ciò un uomo fin qui scevro d'ogni macchia, e che in fatto poi non era altro che un impostore, il quale aveva illuso tutti con simulata virtù, non poteva essere condannato nemmeno quando confessava.

30 Il Cod. bav. all'art. 269, vuole che la confessione s'accordi talmente colle altre prove, che non sorga alcun dubbio circa la esistenza del fatto.

31 Tal sarebbe il caso di una fanciulla che confessasse di avere, otto anni fa, ucciso il suo bambino procreato con A; e adducesse la testimonianza delle due donne B e C le quali sapevano che in quell'anno dall'aprile al settembre le erano cessati i mestrui; e quella di altri due testimonj D ed E in prova che ella fu ammalata in settembre, e che dopo le ricomparvero i mestrui. (Circa la legislazione austriaca vedi la nota a pag. seguente).

32 Così nell'ipotesi della precedente nota, il fatto non potrebbe dirsi dimostrato qualora i testimonj ivi addotti deponessero che, per quanto è noto a loro, l'imputata non potrebbe essere stata incinta nel tempo detto da lei.

(*a*) Winspeare, *Delle confess. spont.*, pag. 72, 78. — Feuerbach, *Cause celebri*, II, pag. 111. Bothmer, *Erörterungen aus hanov. Recht* (Discussioni di dir. Annoverese) I, pag. 271. Habicht, *Erörter.* (Discussioni) p. 133. — Annali della Corte supr. di Baden, V, pag. 133.

I codici più recenti (*b*) che seguirono un sistema legale di prove, hanno esteso ancor più le facoltà del giudice di far fondamento sulla confessione (*c*). Ma anche dove la legge non richiede altro dal giudice che l'intimo convincimento, è generalmente ammesso doversi seguire le regole che abbiamo superiormente spiegate (*d*) (*).

(*b*) MITTERMAIER, nelle quattro *Abhandl. aus dem Strafrechte* (Memorie di Diritto penale), pag. 50.

(*c*) La legge di Berna del 1850 stabilisce, all'art. 349, che la confessione può provare anche il fatto in genere, qualora però, per giudicare de' suoi caratteri materiali, non si richieggano cognizioni speciali che l'imputato non ha.

(*d*) E infatti anche i pratici francesi sogliono esaminare con raddoppiata circospezione quei casi in cui l'imputato è bensì confesso, ma non avvi la prova del fatto. HELIE, *Traité*, vol. 5, pag. 750. — MORIN, *Journal du droit crim.*, pag. 179. Quanto alle idee dominanti in Inghilterra e in America vedi più sopra nel cap. XXXII.

(*) La legislazione austriaca merita d'essere spiegata prima di chiudere questo capitolo relativo alla prova del fatto in genere per mezzo della confessione. Il Reg. Austr. ha introdotto una distinzione molto importante. I. O si tratta di *crimine* e di *delitto*, e allora la legge vuole che, *oltre la confessione*, vi sia qualche traccia del fatto; non già che siano provate *pienamente, tutte* le circostanze del reato, ma *alcune, col mezzo delle quali si confermi che fu commesso;* senza di che, se è *assolutamente impossibile di conseguire, fuori della confessione, una ulteriore traccia del reato, la confessione non costituisce prova legale* (§ 265). La qual traccia poi, non è già necessario che consista in un fatto materiale permanente, qual sarebbe una ferita, una rottura e simili, ma basta che sia un altro, anche lieve, elemento di prova, p. e., la deposizione di *un solo testimonio concorde colla confessione* (§ 270 n.° 3), ed anche meno, secondo i casi, specialmente nei fatti transeunti, quali le minacce, le instigazioni punibili, ecc. Così se una impubere incolpa uno d'oltraggio al pudore, descrivendo perfino la camera dove avvenne, e l'incolpato confessa, basterebbe tal sua confessione a far prova, benchè l'oltraggio non avesse lasciate tracce materiali. II. O si tratta di *contravvenzioni*, e allora la confessione ha forza legale di prova, ancorchè il fatto stesso non possa essere accertato (§ 426). Così, se uno si presenta in giudizio, e confessa d'aver rubato 25 fiorini precisi (o meno) ad un ignoto, che poi non si trova e non fa denunzia, può essere condannato, perchè il furto è contravvenzione; ma se confessa d'aver rubato 25 *fiorini e un soldo*, non può essere condannato perchè sarebbe un crimine. Di questa teorica, la quale consiste nell'accontentarsi di minori condizioni per la efficacia della prova, nei reati minori, si è già fatto un'cenno a pag. 24, nota *, del presente volume, e si avrà occasione di parlarne ancora nella prova indiziaria. Intanto richiameremo l'attenzione dei lettori sulle conformi decisioni del Trib. di Milano (Sez. crim.) e del Trib. d'Appello Lombardo, riferite nella *Gazzetta dei Tribunali* del 14 ottobre 1858; in cui un tale che confessava d'aver commessi molti furti (borseggi), in un solo mese senza che questi furti potessero essere constatati, non ne fu giudicato colpevole, e perciò non fu punito come ladro *abitudinario*. Non constando di quei furti non sapevasi nemmeno se fossero crimini o contravvenzioni, ma sarebbe stato un ragionamento contro equità, quel di fare la supposizione, apparentemente più mite, che fossero contravvenzioni, per dirli provati *colla sola confessione*, e quindi dir provata anche

CAPITOLO XXXVI.

Della confessione qualificata.

L'argomento della confessione qualificata è sparso di speciali difficoltà. Dicesi *confessione qualificata*[1], quella dichiarazione dell'imputato con cui confessa bensì il reato appostogli, ma non in tutta la sua estensione, o non con tutti i caratteri suoi distintivi; o con cui limita la sua confessione per modo da impedire o scemare la pena del fatto confessato[2]. Son dunque più specie distinte, che van sotto la medesima denominazione; e quando l'incolpazione è d'un reato più grave di quello che l'imputato confessa[3]; quando questi confessa bensì la maggior parte degli elementi che costituiscono un dato crimine, ma ne impugna alcuni in guisa da farlo scomparire del tutto[4], o da tramutarlo in uno più lieve[5]; quando l'imputato ammette tutti i caratteri obbiettivi, o materiali, del fatto, ma nega la prava intenzione[6], od almeno quella diretta all'esito che è avvenuto, e ne confessa una minore[7]; tutti questi

l'abitualità, e condannare il reo alla grave sanzione da 5 a 10 anni di duro carcere (§ 179 Cod. pen. e ordin. min. 15 giugno 1856). E infatti, o quei furti si consideravano insieme, e allora costituendo il concetto dell'abitudine, ossia un concetto *criminoso*, richiedevasi la prova voluta pei crimini (qui sopra al n.° I); o si consideravano separatamente, come se per ciascheduno fosse stato proferito un giudizio a sè, e allora non potevasi prescindere dal tener a calcolo anche la condanna che sarebbe stata proferita di volta in volta, e la quale avrebbe forse potuto impedire la recidiva; cosicchè il non tenerne conto si sarebbe risolto in una supposizione arbitraria ed ingiusta — A).

1 Bonst, Nuovo Arch. del dir. crim., vol. I, pag. 179. — Reyscher, *De confess. limit. in causis crim.* Tubing. 1824.

2 Sui diversi significati della confessione qualificata, vedi Kleinschrood, *Vom Geständniss* (Della confessione), § 10, 16. — Quistorp, § 685. — Stübel, *Proc. crim.*, § 795. — Tittmann, *Ueber Geständniss und Widerruf* (Della confess. e della revoca di essa), § 16, e nel suo Manuale, vol. III, p. 487; e la mia *Proc. pen. ted.*, § 158.

3 P. e., se confessa il furto ma nega d'aver impiegata violenza, ossia nega la *rapina*.

4 P. e., una giovine confessa d'aver partorito un bambino illegittimo e di averne sepolto segretamente il cadavere, ma impugna che il bambino fosse nato vivo.

5 P. e., l'imputato confessa di aver con l'uso della violenza palpeggiata libidinosamente una fanciulla, ma nega d'aver consumato l'atto carnale e persino d'averne avuta l'intenzione (in altre parole confessa l'*oltraggio al pudore* e nega lo *stupro*).

6 P. e., sostiene che il colpo gli uscì inavvertitamente.

7 P. e., confessa d'aver voluto ferire, ma non uccidere.

casi vanno compresi nel concetto di confessione qualificata. Vi appartengono altresì quei casi in cui l'imputato confessa il delitto, ma adduce un qualche motivo di scusa, in forza del quale o scompare la sua imputabilità penale [8], o cessa l'applicabilità della pena [9], o sorge una circostanza mitigante [10].

Le antiche teorie concernenti la confessione qualificata non erano punto sufficienti; volevansi per forza applicare le massime del processo civile; si disputava acremente se la confessione fosse scindibile o no [11]; ed altri (non esclusi alcuni moderni) sostenevano l'erronea dottrina che valessero qui le regole di procedura civile sulle eccezioni, e che perciò l'imputato dovesse provare tutte quelle limitazioni con cui aveva accompagnata la sua confessione. In tal guisa, considerandosi come una eccezione la scusa addotta d'aver agito (a modo d'esempio) per necessaria difesa o per comando superiore [12], bisognava pur sostenere altresì che qualora queste due eccezioni non fossero pienamente provate, non togliessero fede per nulla alla confessione. Ma si dovette pur sentire la durezza di siffatta teoria; e s'introdusse la via di mezzo [13], di accontentarsi che le limitazioni addotte risultassero anche soltanto verosimili [14]. Quel che nocque sopra tutto alla retta dottrina della confessione qualificata, fu l'aver fatto un fascio dei

8 P. e., dice d'aver agito in istato di piena ubbriachezza.

9 P. e., adduce la necessaria difesa.

10 P. e., sostiene di essere stato gravemente provocato dal suo avversario.

11 Grafen, *De confessione qualificata*, § 416. — *Angelus* Aretinus, *De maleficiis*, § *comparent inquis.* n.° 1, pag. 225 dell'ediz. di Venezia. — Circa la quistione della scindibilità, vedi anche Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 144-146 (Lib. IV, c. 8), e Bacciòli, op. cit., § 219 e segg.

12 Anche il Cod. bav., art. 272, commette questo errore, parlando di *eccezione* di non imputabilità, di necessaria difesa e simili. — Vedi più sopra a pag. 181 del presente volume.

13 Come avvenne nel Cod. bav., art. 13. (Dell'attuale legislazione austriaca si parlerà nell'aggiunto inedita a questo capitolo — A).

14 L'Ordin. crim. pruss. dispone ciò che segue, all'art. 273: *Se l'imputato aggiunge alla sua confessione qualche circostanza per la quale toglie del tutto il suo reato o ne scema la gravità, la forza di prova da attribuirsi alla confessione dipenderà dalla verità o verisimiglianza di quelle restrizioni.* — Il progetto riveduto di procedura penale pel regno di Wirtemberg, dell'anno 1850 dispone, all'art. 249: *Qualora la confessione venga limitata in guisa da negare una parte delle case imputate, dovrà essere valutata insieme colle restrizioni che l'accompagnano, purchè non siano dimostrate false. Qualora poi l'imputato abbia confessato per intiero il reato, ma abbia addotto un altro fatto che ne tolga o scemi la punibilità, questa sua eccezione gli gioverà nel solo caso che sia*

diversi casi in cui si verifica, e la smania di voler trovare per tutti *una regola sola* [15].

Egli è manifesto che siffatta confessione si risolve in una allegazione avente lo scopo di sottrarsi alla pena, od almeno di mitigarla; laonde il giudice dee separare le dichiarazioni dell'imputato ne' loro elementi costitutivi, e giudicar d'ognuno di essi secondo la loro natura [16], senza che la massima del processo civile (essa pure contrastata) [17] sulla inscindibilità della confessione, possa impedire al giudice [18], pur tenendo conto dell'intimo rapporto e del natural legame tra le due parti della confessione, di separare poi ciò che può essere separato.

Le seguenti massime varranno per poter giudicare dei casi occorrenti:

I. La confessione prova il reato nella sua intierezza allorquando comprende tutti i caratteri distintivi che per legge lo costituiscono, e sul quale è diretta l'incolpazione. Da ciò consegue che quando l'imputato ammette bensì taluni di quei caratteri, ma altri ne nega, che siano però sostanziali [19], il reato non può punto dirsi dimostrato, precisamente come se il prevenuto non avesse confessato nulla. Così pure sta il principio che non si può arbitrariamente scindere la dichiarazione dell'imputato, coll'accettare quelle cose che son favorevoli all'accusa e coll'obbligare l'incolpato a somministrare altre prove su quelle che son favorevoli a lui. Così se uno è imputato del furto d'un orologio, e confessa bensì di possederlo, ma sostiene che gli fu regalato dal proprietario, certamente egli non confessa parte alcuna della essenza di un furto [20]. Ora quando

provata od almeno resa verisimile. (Qui la parola *eccezione* è presa nel vero senso del processo civile, di allegazione di un *fatto*, destinato a togliere o scemare le conseguenze giuridiche del fatto principale, apposto e confessato — A.)

15 Circa la insufficienza delle disposizioni de'nuovi codici, vedi Gmelin, *Peinliche Rechtspflege* (Dell'amministraz. della giustiz. punitiva), pag. 159.

16 Reyscher, *Diss. cit.*, p. 16. — Zum-Bach, *Ansichten* (Idee p. 556). *Proc. pen. ted.*, § 158. — Abegg, *Lehrb. des Crim. Proz.* (Tratt. di proc. crim.), pag. 171.

17 Vedi la memoria dell'Autore nell'Arch. per la pratica civile, vol. XVI, n.° 3. — Gennari, *Delle Prove*, p. 94. — Protodevera, *Prova per confess.*, § XVI.

18 Honhorst, *Annali della corte suprema di Baden*, vol. 5, pag. 259.

19 P. e., confessa bensì di possedere la cosa che si pretende rubata, ma dice di averla trovata o ricevuta in dono.

20 Anche nel processo civile, se chi fu convenuto coll'azione di deposito, ammette di possedere la cosa, ma dice che gli fu regalata dall'attore istesso, si considera che abbia negato il titolo della petizione (la *causa debendi*) per modo che l'attore deve ancora provare la sua azione.

lo Stato vuol infliggere una pena, deve pretendere eziandio che siano provate *tutte* quelle condizioni dalle quali dipende la punibilità; laonde se l'imputato confessa quei caratteri del fatto, in forza dei quali risulta provata soltanto la specie minore del reato, e nega invece quelli che lo renderebbero più grave [21], sarà da applicarsi soltanto la pena del minor reato confessato, a meno che con altre prove non siano stati provati anche i caratteri che lo aggravano.

II. Quando taluno confessa bensì tutti i caratteri essenziali del reato di cui si tratta, ma adduce delle limitazioni per rispetto al dolo, anche in tal caso la confessione non può dirsi sufficiente per la condanna, poichè non bastano i caratteri estrinseci, ma si esige anche la intenzione criminosa. È da vedersi però se la legge [22], lasciandosi illudere dagli argomenti di molti scrittori, abbia proclamato una presunzione del dolo, o no. Poichè nel primo caso [23], tosto che l'imputato confessa il materiale del fatto, sorge contro di lui quella funesta presunzione del dolo, da lui negato, cosicchè il giudice lo dee condannare senza tener conto della limitazione da lui addotta d'aver agito senza prava intenzione. Per fortuna un intimo senso salutare trattenne i legislatori, che pur avevano proclamata siffatta erronea teoria della presunzione del dolo, dallo spingerla fino alle sue ultime conseguenze, e dal pretendere una prova rigorosa contraria, accontentandosi invece se dalle circostanze particolari del caso sia dato di argomentare che verosimilmente l'imputato non abbia agito con prava intenzione. Se pertanto egli lo asserisce, il giudice ha l'obbligo di indagare minutamente quei fatti che lo suffragherebbero, e si terrà poi ben presente la massima che in dubbio dee prevalere l'opinione più mite, e che, per conseguenza, non potrà dire provato il dolo quando vi sia una fondata verosimiglianza a favore di ciò che asserisce l'imputato, essere, cioè, il fatto derivato da mero caso o da sola negligenza (*culpa*). In quei paesi di Germania dove non vige quella legale *præsumptio doli* (*), il giudice è assai più libero. L'opinione dominante è, che per legittimare la irrogazione d'una pena si esige, non soltanto la prova dei caratteri

21 Come se, p. e., l'imputato confessa il furto, ma non la scalata.
22 P. e., il Cod. pen. bavarese, art. 45.
23 Vedi nel presente volume a pag. 179 (e a pag. 180 la seconda parte della nota del traduttore).
(*) Ora non ve n'ha più alcuno — A.

materiali, estrinseci, del reato, ma quella altresì della prava intenzione (*); e che l'una e l'altra devon essere addotte da chi chiede la punizione del reo nel publico interesse [24] Siccome però nella prova del dolo v'ha pur qualche elemento sì intimo, che sfugge a una dimostrazione rigorosa e non ammette che argoméntazioni, così, in quei casi in cui l'imputato non confessa il dolo, è dovere del giudice inquirente di indagare con ogni diligenza tutte quelle circostanze di fatto dalle quali si possa dedurre con sicurezza che il reo abbia agito con dolo. I giudici decidenti poi, incaricati di esaminare se il reato sia stato commesso con prava intenzione, confronteranno le circostanze che l'imputato ha addotte per rafforzare la sua asserzione, colle altre emerse dal processo e dalle discussioni; e bilanciando le cose confessate con quelle negate, giudicheranno se si possa conchiudere che il fatto avvenne con dolo o senza [25]. Le stesse regole valgono anche pel caso in cui l'imputato espone il fatto siccome avvenuto in tal guisa che venga a scomparire la pravità d'intenzione od a scemarsi la sua responsabilità; come quando, a cagion d'esempio, sostenesse d'aver ucciso Tizio per espresso volere o consenso di lui [26]. In questi casi la prima indagine è se l'asserzione dell'imputato sia verosimile; la seconda, quali effetti legali produca.

III. Ove l'imputato confessi bensì di avere commesso il reato colla coscienza del male che faceva, ma sostenga di aver ciò fatto in modo non punibile, p. e., per neces-

(*) Il che non toglie che la si possa provare per mezzo di indizj ossia di argomentazioni, come si vedrà — A.

24 Vedi la mia *Guida all'arte della difesa*, § 44 (già citata nella nota 20 a pag. 179 del presente volume, a cui rimandiamo i lettori). — Rossi, *Traité de droit pénal*, vol. II, pag. 228.

25 Lo stesso dicasi se l'imputato confessa di essersi proposto un reato meno grave (p. e., di ferire e non di uccidere, di rubar dieci e non cento e simili) e nega, per conseguenza, di aver voluto l'esito più grave che realmente accadde. Vedi su di ciò la Leg. 1, § 3, Dig. *ad leg. Corn. de Sicar.* (XLVIII, 8): « Adrianus rescripsit, cum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse: et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum; et ex re constituendum hoc; nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidenti animo id eum admisisse, sed si clavi percusserit aut eucuma (forse un bastone ferrato, come interpretano alcuni) in rixa; quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo; leniendam pœnam ejus, qui in rixa casu (altri leggono *causa*, ma pare a torto), magis quam voluntate homicidium admisit ».

26 Vedi un caso di tal natura nel giornale di Hitzig pel dir. crim. straniero, fasc. 8, pag. 197.

saria difesa [27], si dovranno applicare le regole che valgono pel caso in cui si nega la prava intenzione. E infatti codesta allegazione della necessaria difesa non può essere considerata come una eccezione nel senso del processo civile [28]; poichè l'imputato, richiamandosi alla necessaria difesa, non ammette già (come avviene nelle vere *eccezioni*) tutta, qual'è, la imputazione, ma anzi ne impugna una parte e cioè la sussistenza del dolo; e d'altro canto la sua dichiarazione, con cui vuol dimostrare che l'accusa non è per nulla giustificata, od almeno non nel modo con cui fu proposta, costituisce un insieme, che ha per iscopo di impedire, in tutto od in parte, l'applicazione della pena [29]. Quando vien fatta questa obbiezione della necessaria difesa, il giudice dovrà tener conto di tutte le circostanze addotte dall'imputato, le quali dimostrerebbero, p. e., il cattivo carattere dell'avversario, le precedute minacce, e simili; e indagherà, secondo i casi, se colui avesse, a modo d'esempio, presa una strada diversa dalla solita, se si fosse munito di armi, ecc., e dopo tutto ciò potrà decidere, se meriti fede o no la discolpa dell'imputato [30].

Le stesse cose valgono anche per quelle giustificazioni colle quali verrebbe rimossa ogni responsabilità circa il reato che, del resto, l'imputato confessa; come sarebbe se egli sostenesse d'aver dovuto obbedire a un comando superiore [31]. Egli infatti adduce questo titolo di scusa nella supposizione che, quando sia dimostrato, lo discolpi intieramente [32]; e così egli, in sostanza, nega una parte dell'im-

27 Art. 139, 145, 150, 156, C. C. C. sulla interpretazione dei quali vedi Reyscher, *Diss.*, pag. 23. — Gmelin. op. cit., pag. 166. — Rossmat, *Entwürf der Grunds. des Strafrechts* (Proposta di principj fondam. di dir. pen.), pag. 220.

28 Vedi a pag. 182 del presente volume.

29 *Proc. pen. ted.*, § 139. — Abegg, *Tratt. di proc. crim.*, pag. 207.

30 Il Cod. bav. determina, agli art. 154-156, le norme concernenti le prove della necessaria difesa. Ma non sembra giusta la presunzione che quel codice stabilisce, che, cioè, abbia ecceduto nell'esercizio del diritto d'incolpata tutela colui che non ne fa tosto egli stesso denunzia all'autorità (Vedi il § 2, lett. *g* del Cod. pen. austr., riferito più sopra a pag. 82, nota ** — A).

31 Il già citato progetto wirtemberghese, al § 249, collocò la scusa del *comando superiore* in una classe diversa da quella in cui pose la necessaria difesa, vale a dire, in quella delle eccezioni che non si connettono immediatamente col reato. Ma commise al certo un errore (poichè sì l'una che l'altra tendono a dimostrare che l'autore del fatto agì senza prava intenzione, spinto da una forza a cui non poteva resistere — A).

32 A questo proposito si suol far la quistione: Se l'impiegato e il militare debbano assolutamente obbedire *a qualunque* comando che gli sia

putazione e la respinge; e se appena gli riesce d'ingenerare nell'animo del giudice il dubbio che la sua giustificazione sia verosimile, basta perchè non possa più essergli inflitta una pena.

IV. Che se l'imputato ammette non soltanto il fatto ma anche il dolo, e tuttavia adduce delle circostanze, le quali verrebbero a diminuire la sua punibilità [33], sarà bensì tenuto di dimostrarle, per rendere verosimile questa sua difesa, ma qui pure non si potrà pretendere una piena prova di ciò ch'egli afferma, e basterà che egli renda dubbiosa la sua piena reità, perchè il giudice debba senz'altro inclinare a sentenza più mite.

Aggiunta inedita.

Considerando lo stato attuale delle idee concernenti la confessione qualificata, se ne raccoglie 1.° che si fa sempre più generale la persuasione, non potere un codice comprendere in una formola generale e precisa, la regola secondo la quale il giudice abbia da risolvere i casi, in cui interviene una confessione qualificata; ed essere d'altra parte cosa assai dura per l'imputato, che la legge eriga certe presunzioni. 2.° Si ammette generalmente che non si possa imporre all'imputato l'obbligo di somministrare egli stesso la prova delle limitazioni da lui addotte alla sua confessione (*a*). 3.° Ben fecero quelle nuove leggi che, ammettendo una teoria legale di prove, si astennero dal dare qualsiasi norma sulla confessione qualificata. Il solo Regolamento austriaco di procedura penale del 1853, contiene nel § 268 (*b*) una regola per il caso in cui l'imputato confessi bensì il fatto, ma neghi la prava intenzione, oppure asserisca di essersi proposto un male minore di quello che è realmente seguito. Sarebbe stato assai meglio non emanare quella disposizione, poichè può dar luogo a in-

dato dal superiore, e, p. e., anche ad un comando che non si riferisce alle cose del suo servizio. Vedi intorno a ciò Rossi, *Traité de droit pénal*, vol. II, pag. 127. — Abegg, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft* (Studj di diritto penale), pag. 96.

33 P. e., la patita seduzione per opera d'un correo, o la violenta provocazione dell'avversario.

(*a*) Kitka, *Beweislehre* (Teoria della prova), pag. 88.

(*b*) Già riferito a pag. 82 nota ** del presente volume.

terpretazioni diverse (*c*), e crea una specie di presunzione dannosa per l'imputato. 4.° Ancora oggidì si contende, come nel processo civile, se la confessione sia scindibile; e si fan molte distinzioni su questo argomento. In Italia la maggioranza delle opinioni pare favorevole al principio della inscindibilità (*d*). 5.° In America (*e*) ed in Inghilterra (*f*) si pensa generalmente che, di regola, la confessione si dee prendere nel suo insieme, cioè come fu fatta; ma che nondimeno, se l'accusatore adduce altre prove per abbattere una parte delle dichiarazioni dell'imputato, i giurati sono in diritto di esaminare quale e quanta parte della confessione essi vogliano accettare per vera. 6.° In Francia è ancor più importante la quistione della scindibilità della confessione, poichè nell'art. 1356 del cod. civ. è detto espressamente che *non può essere divisa in pregiudizio della parte che l'ha fatta*, e si discute appunto per sapere se questa disposizione di legge si debba estendere anche al processo penale. Anche secondo la legislazione precedente si era trattata una tale quistione; ora poi l'opinione prevalente (*g*) si è che nel processo penale la confessione è divisibile; per modo che il giudice non è tenuto a riceverla come un tutto complessivo (*h*).

(*c*) Hye, *Princ. fondam.*, pag. 491. (Egli però non censura, ma anzi loda la disposizione del § 268, e si limita a confutare l'opinione di uno scrittore circa il dolo indiretto. In pratica sorgono poche difficoltà sulla interpretazione ed applicazione del § 268, poichè lo si considera un cenno direttivo, ma non obbligatorio, del libero criterio del giudice, come si scorge dai termini facoltativi (*si potrà*) con cui è formulato. Quindi è che in questi casi il Publico Ministero e la difesa sogliono presentare ai giudici tutti quegli argomenti che valgono a ingenerare una *convinzione;* e chi esamini i motivi delle sentenze, troverà che contengono una libera valutazione delle ragioni pro e contra, come avverrebbe in qualunque sistema non soggetto a una teoria di prove, e che la decisione esprime non già la *legalità della prova*, ma il *convincimento* dei giudici — A).

(*d*) Tali opinioni si trovano assai bene compendiate da Brugnòli, op. cit., § 219-226, e in una dissertazione inserita nella *Gazz. dei Trib. di Genova* 1858, n.° 68. (Brugnòli però ammette la scindibilità, nei casi in cui la confessione è già appoggiata anche ad altre prove).

(*e*) Greenleaf, *Treatise of evidence* (Tratt. della prova), vol. 1, p. 285.

(*f*) Wills, *On circumstancial evidence* (Della prova indiziaria), p. 65.

(*g*) Confermata anche da una decisione 18 aprile 1844 della Corte di cassazione.

(*h*) Helie, *Traité*, vol. V, pag. 755. — Morin, *Repert.*, vol. I, pag. 275. — Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 524.

CAPITOLO XXXVII.

Della revoca della confessione.

La revoca della confessione può avvenire in diverse maniere [1], e cioè:

I. Quando l'imputato ritratta per intiero la confessione del reato, e sostiene la sua assoluta innocenza; sia che la confessione fosse fornita di tutti i requisiti che avrebbero potuto legittimare una sentenza di condanna; oppure che avesse qualche difetto il quale la avrebbe resa immeritevole di fede.

II. Quando l'imputato ritratta soltanto alcune parti della sua confessione.

Nell'applicare le disposizioni della Carolina [2] relative alla revoca della confessione, bisogna por mente [3] che ivi si allude alla confessione estorta per mezzo della tortura e successivamente poi ritrattata. Allora infatti si aveva ben maggiore ragione, che non adesso, di temere che un innocente facesse una confessione non vera, a cagione dello strazio a cui veniva sottoposto. Altre disposizioni di quella legge [4] concernono il caso d'un imputato che nega di aver confessato in tale o tal'altra maniera; ma allora si tratta unicamente di accertare, se i termini in cui la confessione era stata deposta, siano quelli registrati nel protocollo. Del resto, fuori di queste speciali disposizioni, la Carolina contiene massime generali dedotte dalla natura stessa della confessione, e perciò applicabili anche alla nostra procedura [5].

Al n.° I. Dicemmo che la revoca può riferirsi a tutta intiera una confessione munita di tutti i requisiti, e perciò

1 Crass, *De confess. rei et revocat confess.* Amstelodami 1794. — Tittmann, *Ueber Geständniss und Wiederruf* (Della confessione e della revoca di essa), Halla 1810. — Kleinschrod, nel nuovo Arch. del dir. crim., vol. IV, n.° 8.

2 Art. 54, 57, 69, 91, C. C. C.

3 Walch, *De revocat. confessionis capit. damnat. in die ad ejus suppl. destinato.* Jena 1793. — Tittmann, *Ueber Geständniss* (Della confess.), § 26.

4 Art. 91, 92, C. C. C. confrontati cogli art. 94, 107 e 125. — Biener, *Beitr. zur Gesch. des Inquisitionsproz.* (Saggi di storia del proc. inquis.), pag. 156.

5 Circa le leggi attuali vedi avanti l'aggiunta inedita a questo capitolo.

pienamente credibile [6]. In questo caso vale la regola, che una prova completa già stabilita non può punto essere distrutta da una posteriore dichiarazione unilaterale dell' imputato, fatta in suo proprio esclusivo vantaggio [7]. In qualunque ritrattazione, infatti, si contiene una dichiarazione dell'accusato in proprio favore; e siccome una dichiarazione di tal genere non potrebbe mai giovargli. quand' anche non fosse congiunta alla revoca (pel motivo che a nessuno si deve cieca fede quando parla in proprio vantaggio), così se è riunita a una revoca, potrà ancor meno giovargli al punto da distruggere la prova già stabilita. Quello che importa di indagare, sono le ragioni addotte dall' accusato per giustificare quella sua ritrattazione; poichè esse sole, quando siano verosimili e gravi, ponno darle efficacia. Or quando l'imputato ritratta la confessione, si propone di dimostrare che questa, a cui pur si credeva, fosse mancante dei caratteri voluti, i quali erroneamente si supponeva che esistessero; e che, per conseguenza, se si fossero conosciuti prima i nuovi fatti ch'egli adduce, avrebbero impedito che quella confessione si considerasse come provante. Queste ragioni poi ponno consistere nella allegazione di certi fatti che escludano la possibilità che il reato sia avvenuto [8]; — o che rendano inverosimile la incolpazione, e con ciò anche la confessione dell' imputato [9]; — o che dimostrino l'impossibilità che egli abbia commesso il reato [10]. Altre se ne possono addurre, p. e., d' aver subita una illegittima coazione, per sottrarsi alla quale non vi fosse altro mezzo che di confessare [11]; — d'essere stato minacciato; — d'essere stato tratto in tale errore, in cui anche un innocente

6 Casi notevoli di confessioni revocate, nel Giornale di Hitzig, fasc. 37, pag. 190. — Hitzig, *Annalen für ausländ. crim.* (Annali di dir. crim. straniero), fasc. 19, pag. 88 e fasc. 25, pag. 62.

7 Kleinschrod, *Ueber Geständ.* (Della confess.), § 18 nel vecchio Arch. — Martin, *Lehrb.* (Tratt.), § 75. — Tittmann, *Man.*, vol. III, pag. 492. — *Proc. pen. ted.*, § 159.

8 P. e., adducendo più testimonj che videro in vita il creduto ucciso anche dopo il tempo dell' asserito omicidio, che l'imputato confessava di aver commesso.

9 P. e.. dopo d'aver confessato d'aver appiccato il fuoco alla casa di B, l'imputato revoca la sua confessione, e dimostra per mezzo di periti, che nel modo da lui deposto è impossibile che sia sôrto l'incendio.

10 P. e., aveva confessato d'essere l'autore materiale d' un incendio avvenuto nella città di A il giorno 12 gennajo; e revocando la confessione, dimostra che in quel giorno egli era nella città di B, lontana 30 ore.

11 Ciò vale anche per le pene di disobbedienza, delle quali si parlò più volte.

si sarebbe determinato a fare una confessione non veritiera [12]; — d'essersi trovato da sè medesimo in errore circa il modo con cui avvenne il reato, e d'essersi quindi attribuita erroneamente una parte più grave di quella che realmente gli spettava [13]; — o finalmente, d'essersi trovato, al tempo della confessione, in tale stato di mente, da aver potuto deporre anche cose non vere [14].

In questi, ed altri somiglianti casi, le indagini da farsi sono due: la prima, se le cose addotte siano vere; la seconda, quale influenza producano sulla credibilità della confessione.

A prima giunta parrebbe doversi dire che, per poter distruggere una piena prova di reità, già stabilita per mezzo della confessione, non vi vorrebbe meno di una prova egualmente piena della verità di quei fatti, su cui si appoggia la ritrattazione; ma ove si consideri non altro essere la prova che il prodotto di quel convincimento del giudice, che sorge dalla esclusione d'ogni motivo contrario [15]; e che perciò anche la sola verosimiglianza del contrario basta ad impedire la certezza; si ammetterà facilmente che qualora i motivi addotti a giustificare una ritrattazione siano appena verosimili, bastano nondimeno a toglier fede alla precedente confessione [16]. Non è egli vero, in fatti, che ove questo motivo fosse stato conosciuto già prima, quella confessione non si sarebbe considerata come sufficiente? Non è egli lo stesso che lo si conosca ora soltanto, purchè la sentenza non sia ancor proferita? La credibilità della confessione ne è ugualmente posta in dubbio. Così quando taluno

12 Se, p. e., gli fu fatto credere che il suo fatto non sarebbe stato punito; oppure che confessando avrebbe potuto diminuire la pena ad un suo amico.

13 Tal sarebbe, p. e., il caso d'uno che avesse tentato d'appiccare un incendio, e partito dal luogo, dove realmente indi a poco il fuoco si sviluppò, confessasse che fu opera sua, e venisse soltanto in seguito a conoscere, che nel frattempo era sopraggiunto un altro, il quale aveva consumato il crimine da lui inutilmente tentato.

14 P. e., una alterazione dei sensi od una immaginazione inferma o persino un opprimente tedio della vita che lo spinsero a fare una falsa confessione.

15 Vedi a pag. 72 del presente volume.

16 Non son più i tempi in cui, se la ritrattazione risultava appena verosimile, era lecito applicare una pena straordinaria, cioè meno grave dell'ordinaria (Carpzov, *Praxis rei crim.* Qu. 126, n.° 65). Anche il codice bav. al § 273 si accontenta che chi ritratta la confessione renda assai verosimile che in essa non avesse detta la verità. (Così presso a poco anche il Reg. Austr. § 267 che si troverà nell'Aggiunta a questo capitolo.

confessa di aver ucciso A; ma poi, ritrattando questa sua confessione, adduce un testimonio irrefragabile (e sia pure un solo) che depone di aver veduto vivo A anche dopo il preteso omicidio; o quando un imputato riesce a rendere anche soltanto verosimile, che sia stato minacciato di battiture ove non avesse confessato; egli è certo che in questi e simili casi, bisogna aver riguardo alla ritrattazione. Non sarebbe giusto nemmeno il pretendere [17] che, ove alcune delle circostanze confessate risultassero vere, anche per altre prove, l'imputato che revoca la confessione, dovesse addurre altri fatti per dimostrare che quell'accordo tra quelle circostanze provate e la sua confessione fosse soltanto apparente; poichè gli si addosserebbe un carico troppo grave, oltre che ingiusto. E infatti quando sia dimostrato il perchè la precedente confessione non apparisce più meritevole di fede, essa perde la sua forza; le altre circostanze poi, non espressamente ritrattate, gli è come se risultassero soltanto dalle altre prove. Così se taluno confessò di avere, ai 12 gennajo, dato fuoco alla casa di A, e poi, revocando la sua confessione, dimostrò d'averla deposta costretto colla violenza, non importa più nulla se anche risulti per altre prove che egli era presente sul luogo dell'incendio e che nutriva odio contro A. La confessione è svanita, e se questi altri fatti son provati per altra via, non è tolto al giudice di dedurne tutte le conseguenze legali che ne scaturiscono (*).

Provato, o reso almeno verosimile, il motivo della ritrattazione, importa ancora di vedere se propriamente la confessione ne resti indebolita e resa meno credibile. Ciò dipende dal vedere se il fatto, che forma il motivo della ritrattazione, dimostri o no, che a questa mancava qualche condizione essenziale per esser degna di fede. Quanto più importante è la condizione che manca, tanto men facile sarà il supplirvi; e per conseguenza essendo più forte la presunzione che l'imputato non avesse detto il vero, la credibilità di quella confessione verrà a cadere del tutto per effetto della revoca. Così se l'imputato riesce a render verosimile che, tosto dopo il suo arresto, egli cadesse in siffatta melanconia da trovarsi indotto ad attentare ai proprii giorni, certamente la sua confessione non potrebbe

17 TITTMANN, *Man.* vol. III, pag. 491.

(*) Vale a dire, che se da quei fatti risultasse la prova per *indizj* della reità, si potrebbe proferirla a fronte della revoca della confessione — A.

più meritare credenza [18]. Tuttavia anche quando fosse provato che vi furono minacce o castighi, il giudice non ometterà di considerare che sorta d' uomo sia l' imputato, poichè v' ha di quelli che sono sì robusti, incalliti nei misfatti ed astuti, che le minacce non fanno più impressione alcuna su di loro, nè ponno indurli di certo a confessarsi colpevoli se son innocenti; laddove fanno impressione profonda su altri, timidi e deboli.

Che se la confessione, che fu revocata, fosse già per sè stessa mancante; p. e., se il fatto in genere non fosse pienamente provato, o se le circostanze accessorie confessate non s'accordassero punto colle altre prove: allora non si tratta più di distruggere una prova che già sussistesse, poichè la confessione, a cui manca qualche requisito, non può far prova; ed anzi quella revoca è tanto più efficace in quanto che per essa viene a mancare anche un altro requisito, che pur vale a dar forza alla confessione, cioè la sua costanza [19].

Al N.° II. Ove l' imputato abbia revocato soltanto alcune singole parti della sua confessione, varranno le seguenti regole:

a) Se i fatti revocati sono essenziali, per modo che quando non siano provati venga a cessare anche il reato in sè medesimo [20]; gli è come se fosse stata revocata la confessione intiera;

18 Presupposto, ben inteso, che egli si trovasse in quella condizione di spirito anche quando fece la confessione.

19 Qui riescono importanti le seguenti quistioni: 1.° Se la ritrattazione abbia efficacia anche quando l' imputato aveva fatta una completa confessione una volta sola; 2.° Se abbia efficacia allorquando egli aveva confessato soltanto nella inquisizione preliminare, e poi aveva, nella speciale, ostinatamente negato. Or quanto alla prima, siccome la confessione, per esser credibile, dev' essere costante, così anche una nuda revoca avrebbe valore, se la confessione venne fatta una volta sola. Quanto poi alla seconda bisogna vedere il sistema di legislazione che è vigente nei singoli paesi; e cioè se la inquisizione speciale soltanto sia considerata come il vero processo, o se tanto la preliminare (o generale) quanto la speciale non si considerino che come due fasi o stadj della procedura, non però essenzialmente diviso l' uno dall' altro. (Ci sia permesso di aggiungere a questa nota, che nella prima quistione non troviamo alcun elemento che distingua il caso d' una confessione fatta *una volta sola* da quello in cui sia stata ripetuta, poichè nessuna legge esige che la confessione sia fatta o ripetuta in più riprese; e che nella seconda quistione è importante il distinguere se la inquisizione preliminare si fa dal giudice inquirente, o dalle autorità di polizia, nel qual ultimo caso valgono le cose già dette a pag. 313 — A).

20 P. e., la infanticida revoca d' aver veduto vivo il suo bambino, come aveva prima confessato.

b) Se l'imputato revocò soltanto quei fatti, in forza dei quali il reato era maggiormente punibile [21], gioveranno le cose più sopra esposte, ma il giudice presterà fede alla revoca sol quando l'indole del fatto, quale risulta dall'attuale racconto dell'imputato, si accordi ancora colle altre circostanze del processo ed apparisca verosimile [22].

c) Quando i fatti revocati nè siano essenziali, nè tali da influire essenzialmente sulla punibilità [23], la revoca riesce giuridicamente di nessun effetto; tranne se con essa venissero cambiate certe circostanze del fatto, per guisa da non sussistere più la condizione indispensabile dell'accordo tra le cose confessate e le prove [24].

d) Che se, finalmente, la revoca contenesse delle circostanze le quali aggravano la reità dell'imputato, sarà d'uopo prestarvi fede senz'altro (quando s'accordino colle altre verificazioni del processo) poichè qui l'imputato non ha parlato in proprio vantaggio.

Aggiunta inedita.

Le legislazioni attuali che ammettono la oralità della procedura differiscono grandemente nel determinare gli effetti della revoca d'una confessione, secondo il concetto che hanno stabilito della inquisizione preliminare (istruzione) in rapporto colla procedura principale.

1.° Quelle legislazioni che attribuirono alla inquisizione preliminare il carattere di stadio o parte dell'intiero processo, e concedettero a' suoi atti piena fede, come ad ogni altro atto giudiziale (*a*), determinarono altresì che qualora

21 P. e., revoca d'aver ucciso *con premeditazione*.

22 Se, p. e., da tutti i particolari del processo si raccoglie, già di per sè, che l'imputato non aveva il proposito di ammazzare A quando lo ferì.

23 Qual sarebbe la determinazione del tempo in cui il reato fu commesso; o la fuga presa di poi.

24 Così il tempo in cui fu commesso il reato, il numero delle ferite e simili altre circostanze, ponno essere indifferenti; e nondimeno la revoca potrebbe essere di molta significazione qualora, giusta il nuovo racconto, la confessione non si accordasse più colle altre prove. Si avrebbe il caso se, p. e., l'imputato il quale aveva confessato di aver ucciso B alle 6 ore di sera del 12 gennajo, dichiarasse oggi d'averlo ucciso di mattina, laddove più testimonj depongono d'aver veduto B anche dopo il mezzogiorno del 12.

(*a*) Così dispone infatti il Reg. Austr. « Ritrattando l'accusato (nel dibattimento) la confessione fatta durante l'inquisizione.... lo si s'inter-

l'imputato ritratti la confessione da lui fatta dinanzi al giudice inquirente, debba essere eccitato a spiegare i motivi di questa sua ritrattazione; ed ove non siano manifestamente insussistenti, si proceda alle verificazioni occorrenti (*b*). In conseguenza di ciò determinarono ben anche, che una confessione munita di tutte le prescritte condizioni non perda la sua forza di prova, benchè ritrattata, tranne il caso che l'imputato adduca un motivo credibile che spieghi perchè avesse fatta da prima una confessione falsa, o se adduca tali circostanze di fatto, le quali, debitamente verificate, lascino dubitare con fondamento se la confessione precedente fosse veritiera (*c*).

2.° La legislazione francese, e quelle generalmente (anche di Germania) le quali ammettono l'intimo convincimento come base della decisione, non danno su questo punto alcuna prescrizione; e conseguentemente la confessione fatta *soltanto* nella istruzione preliminare non dovrebbe fare alcuna prova; tuttavia la pratica (*d*) concede al Presidente del dibattimento il diritto di far leggere la confessione che si trova scritta negli atti dell'istruzione, e se l'imputato non riesce coll'addurre per lo meno de' motivi di verosimiglianza, ad infirmare la credibilità di quella sua confessione, questa produce al certo un effetto sulla convinzione dei giudici e dei giurati.

rogherà sui motivi della sua ritrattazione, e se questi non sono manifestamente insussistenti, si faranno verificare le circostanze che debbono appoggiarla. Non potendo ciò avvenire subito, si prorogherà il dibattimento » (§ 255).

(*b*) Lo stesso è stabilito nel recentissimo regolamento di procedura penale di Coburgo del 21 sett. 1857 all'art. 255. Il Presidente dee quindi far leggere la confessione fatta nella inquisizione preliminare.

(*c*) Reg. Austr. § 267: « Qualora l'imputato ritratti una confessione fatta prima in modo legale ed avente i requisiti del § 264 (già riferiti ai debiti luoghi) essa non perde perciò la sua forza di prova, salvo il caso che il ritrattante adduca *un motivo credibile* dell'aver egli fatta prima una falsa confessione, oppure circostanze tali, che, secondo i dati raccolti, siano atte ad ingenerare fondato dubbio sulla veracità della confessione precedente ». (§ 267). Così anche il codice penale di Modena del 1855 all'art. 547 dispone: « La revocazione della confessione ne debilita o distrugge la forza, secondo che le ragioni dedotte dall'imputato si trovino più o meno atte a convincerne la falsità od erroneità ». E all'art. 548: « Ove l'imputato revochi la confessione senza addurre alcuna ragione che la dimostri erronea o falsa, ella rimane in tutta la sua forza, semprechè abbia i requisiti superiormente indicati ». (Vedi qui sopra pag. 309 nota 20).

(*d*) Helie, *Traité*, vol. V, pag. 735. — Morin, *Repert.*, pag. 276.

PARTE QUINTA.

DELLA PROVA PER TESTIMONJ.

CAPITOLO XXXVIII.

Dei testimonj in generale.

Si dicono *testimonj* quelle persone che attestano per esperienza propria circa l'esistenza e l'indole dei fatti [1]. In senso ristretto la voce testimonio si riferisce soltanto a colui che era presente al fatto in quistione [2], ma in senso più ampio, e nei rapporti della prova, noi diciamo testimonj tutti quelli che possono riferir qualche notizia per loro esperienza [3].

È nella natura della cosa che la deposizione dei testimonj si possa facilmente scostare dalla verità assoluta dei fatti, poichè le qualità individuali del testimonio influiscono pur sempre sul modo con cui egli concepisce il fatto.

1 La voce latina *testis*, come pure le voci *antesto* e *antisto* accennano colui che sta innanzi alla cosa, ossia, come dice Carmignani, « un uomo il quale stette innanzi ad un fatto, appreso come tale o per la vista o per l'udito da lui, e, divenutone quasi specchio, conserva per altri la superstite imagine d'un oggetto, il quale disparve ». (*Teoria*, vol. IV, pag. 150, Lib. IV, c. 9).

2 Perciò noi diciam testimonio anche colui che non fu ancora esaminato ma che, siccome era presente al fatto, potrà dare spiegazioni. Vedi Bentham, *Traité des preuves*, vol. I, pag. 191.

3 Sulla dottrina della testimonianza vedi in ispecie: Kleinschrod, Arch. del dir. crim., vol. VI, fasc. 3 e vol. VII fasc. 2. — Globig, *Theorie der Wahrscheinlichkeit* (Teoria della verosimiglianza) I, pag. 97. Lo stesso: *Censura rei judicialis* II, pag. 48. — Rolin, *De delictor probat.*, pag. 42. — Costantini, *Sopra l'esame dei testimonj nel processo d'inquisiz.* Venezia 1827. — Bentham, *Traité des preuves*, I, pag. 190. *Rationale* (Prin-

E infatti quando taluno assiste sbadatamente, o fors'anche a caso, ad un avvenimento, senza aver alcun motivo che lo ecciti a prestarvi attenta osservazione, percepisce soltanto quei caratteri esteriori e più salienti che si manifestano da sè; che se poi vi assiste con idee preconcette o con una certa predisposizione di spirito, attribuisce facilmente ai fatti un determinato colore, sicchè, illudendosi, crede di vedere davvero ciò che corrisponde al suo desiderio. V'hanno persino delle cose, per le quali la percezione del testimonio dipende dalla sua capacità intellettuale o dalla pratica ch'egli stesso ne ha; e allora, se il suo occhio è esercitato, e se comprende l'importanza di ponderar certi punti [4], egli dirige la sua attenzione sopra *tutti* i caratteri che hanno o ponno avere efficacia sul giudizio [5].

Egli è altresì importante il conoscere quanto tempo sia trascorso tra il fatto e la deposizione del testimonio [6]; poichè è pur troppo connaturale all'uomo, che, anche a sua insaputa, la fantasia influisca sulla memoria; molte cose che stavan dinanzi vanno a celarsi sul fondo, ed altre ne ricompariscono con vivi colori, e se poi restan de'vacui, per la infedeltà della memoria, la immaginazione li riempie. Or dopo tutto ciò è ben difficile distinguere quel che è verità da ciò che l'invenzione vi ha aggiunto; ed anzi il testimonio istesso, a fronte d'ogni buona volontà di deporre il vero, quando già sia trascorso lungo tempo, non sa più separare con precisione le immagini della sua fantasia dalle impressioni reali della sua esperienza; e quanto più è viva la sua fantasia, tanto è maggiore il pericolo che egli non dica la verità [7]. Il giudice, insomma, non potrà riposare con animo tranquillo sulla deposizione del testimonio, se questi non comprenda seriamente tutta l'importanza della sua de-

cipj) I, pag. 110. — Carmignani, loc. cit. † Brugnóli, *Della certezza e prova crim.* P. II, cap. III. — Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 104. — Best, *Treatise on the principles of evidence* (Tratt. dei princ. della prova), pagina 160 e seg. — Greenleaf, *Treatise of evidence* (Tratt. della prova), vol. I, pag. 420 †.

4 Massime se in un medesimo tempo avvengono molti fatti, per modo che sia necessaria una grande concentrazione di mente per porgere attenzione a tutti.

5 Nella memoria già citata di Celso Marzucchi, inserita nell'*Antologia di Firenze* d'aprile 1852, son indicati i punti a cui si dee fare attenzione per potere dar piena fede ad un testimonio.

6 Bentham, *Traité*, I, pag. 52.

7 Vi son persone che, pel lungo ripetere ad altri il racconto di fatti non veri, finiscono per credere che siano propriamente accaduti.

posizione, e non ponderi con tutta coscienziosità ogni sua parola, disposto, nel dubbio, a confessare la sua incertezza anzichè ad affermare.

Si faccia pure astrazione dalla volontà di nascondere il vero: certo si è che la personalità del testimonio è sempre di gran peso sul modo di fare la testimonianza. La sua condizione di mente all' atto della deposizione; le inclinazioni sue proprie che lo signoreggiano, hanno di certo una efficacia; e la passione o il timore ponno anche fargli dimenticar molte cose, che pur avrebbe potuto esporre; poichè il suo spirito non è così calmo quanto sarebbe mestieri; sicchè non di rado avviene che anche il più onesto testimonio, posto forse in soggezione dall' apparato del Tribunale, ritornando con quiete sulle cose da lui deposte nell'esame, s'accorga con dolore d'aver dimenticate più circostanze importanti, che ora gli ritornano a poco a poco alla memoria.

L' esperienza insegna altresì che talora gli uomini si illudono e credono di non offendere la verità, anche quando non dicono tutto quello che sanno su ciò che loro si domanda; e non è raro sentir qualche testimonio scusarsi verso chi gli rinfaccia di non avere fatta una deposizione fedele e completa, col dire che su certi punti non era stato interrogato.

Le premesse considerazioni bastano a dimostrare di quanta circospezione bisogni far uso nel valutare le testimonianze, e come possa pur troppo accadere, che anche da testimonj animati dalla più leale volontà di dire il vero, il giudice ottenga deposizioni, che sono in vece un parto della fantasia. Egli è naturale, pertanto, che una prudente legislazione aumenti, quanto più è possibile, le guarentigie da cui dev' essere circondata la prova testimoniale 8, poichè soltanto per esse sorge e si rafforza il convincimento, che il testimonio abbia potuto percepire la verità, ed abbia voluto esporla intieramente e fedelmente.

† E non son pochi i pericoli a cui codesta prova può andar incontro, e le cause d' illusione che le possono far nocumento. Ne indicheremo qualche esempio.

1.° Come già si è accennato in altre occasioni, le qualità personali e l' indole propria del testimonio, hanno gran-

8 Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 63.

dissima efficacia sul suo modo di percepire le cose (*a*); e sin anche la sua costituzione fisica, e la forza o la debolezza de'suoi sensi, concorrono a far giudicare se egli meriti fede o no. Nei casi in cui la testimonianza versa su certe parole sentite, è di grandissima importanza il tener conto delle qualità personali del testimonio, chè se, p. e., egli non ha un udito acuto, può facilmente aver capito una cosa per un'altra, o aver compreso soltanto il concetto complessivo. Molto dipende altresì dalle qualità intellettuali del testimonio; poichè non soltanto è influente il grado di educazione, ma anche l'abitudine d'essere esatto e diligente osservatore; e influiscono persino certe naturali disposizioni. Non v'hanno forse di quelli, che, mentre son soliti portare attenzione alle circostanze importanti ed essenzali dei fatti o delle cose, non s'accorgono poi delle accessorie, e non san dire, p. e., come fosse vestito un tale? E non hanno altri, al contrario, uno spirito d'osservazione pronunciatissimo per le cose più picciole, mentre non vedono le sostanziali? Tali sono generalmente le donne (*).

2.° Un'altro pericolo sta in ciò: se il testimonio avesse o no una particolare occasione per osservare attentamente la cosa. Egli è infatti confermato dall'esperienza, che quando un testimonio è chiamato a deporre di fatti controversi, ch'egli vide per caso, e senza che uno speciale interesse eccitasse la sua attenzione (p. e. se abbia veduta una persona che passava per istrada), merita molto minor fede che non quando è colpito dall'importanza della cosa, per esempio, da un misfatto che ha eccitata l'attenzione generale (*b*).

3.° Non è meno pericolosa, per rispetto alla giustezza della testimonianza, l'influenza che possono avere terze persone sul modo onde un fatto s'imprime nella memoria del testimonio. Quando un reato desta molto romore, tutti ne parlano, e si forman partiti pro e contra, e taluni espongono come vero quel che presumono, o che lor sug-

(*a*) Leggansi buone osservazioni di Brauer, negli *Annalen der Strafrechtspflege* (Annali della giustiz. punitiva) di Demme, 1840, pag. 1-33.

(*) Verissimo; e qualunque giudice inquirente sa per pratica che le donne sono per lo più esattissime nel descrivere le persone, i luoghi e simili, ma poi non sono in grado di riferire una frase di vitale importanza nel processo, o altre circostanze essenziali — A.

(*b*) Burrill, *On circumstancial evidence* (Della prova circostanziale), pag. 90 e 103.

gerisce la fantasia, e fors'anche francamente lo asseriscono, sicchè l'uomo debole che si lascia imporre dagli altri può essere facilmente traviato da cotali dicerie, al punto da modificare la sua deposizione circa quello che ha veduto egli stesso.

4.° Questo medesimo pericolo è poi a cento doppj maggiore, se si tratta di reati politici, perocchè lo spirito di parte vede le cose alterate e le espone sotto una luce non vera.

5.° Finalmente il pericolo di deposizioni inesatte cresce in ragione del tempo che è decorso tra il fatto e la deposizione, poiche le lacune che si fanno nella memoria mal fida, vengono facilmente riempite colla immaginazione del testimonio, o per le ciarle altrui.

Vediamo pertanto di esporre alcune norme di cautela che valgano ad ovviare a siffatti pericoli: †

1.° Bisognerà far in modo che il testimonio sia fortemente eccitato a deporre il vero con attenta ponderazione e con intierezza.

2.° Dovrà essere assunto in esame in tal maniera, che gli sia data occasione di esporre soltanto ciò che propriamente ha saputo, senza possibilità di scappatoje e di scuse tendenti a deporre in modo incompleto.

3.° Si dovrà far sì che il giudice possa conoscere le personali qualità del testimonio e tutte quelle altre circostanze, per le quali soltanto gli sia dato di decidere, se il testimonio abbia potuto veramente percepire il vero e voluto manifestarlo.

La prima di queste regole comprende: *a*) l'ammonizione che il giudice dee fare al testimonio, *b*) il giuramento, *c*) le formalità, e *d*) la publicità dell'esame.

Certamente per gli uomini di inconcussa rettitudine l'ammonizione è superflua, ma giova pur sempre [9] a rafforzare certi testimonj oscillanti, leggieri, d'animo timoroso, o mossi da mire interessate, eccitandoli a considerare l'importanza della loro deposizione; epperò una ammonizione, non già recitata materialmente in una formola sempre uguale [10], ma esposta in modo conveniente

9 Costantini, op. cit., pag. 515. — Kitka, *Ueber den Thatbestand* (Della constataz. del fatto), pag. 104.

10 Così le formole d'ammonizione che si leggono nei codici (p. e., nel cod. bav. art. 207, e nell'ord. crim. pruss. § 317), son semplici guide che un abile inquirente sa adoperare a norma dei casi. (Nel Reg. Austr. § 122,

al testimonio, non sarà mai da omettersi. Ancor più potente è la prestazione del giuramento, sia che lo si consideri come sanzione religiosa e morale, che come sanzione giuridica [11]. Insegna l'esperienza che molti uomini, se han da deporre senza giuramento, non si curano gran fatto di manifestare fedelmente la verità; ma se vengono poi invitati a giurare, si fan tosto a correggere la loro deposizione e obbediscono all' impulso che sorge in loro di dire il vero. La santità del giuramento purifica ogni anima che non sia del tutto depravata; fortifica il proposito di essere sincero; e fa sentire al testimonio la turpitudine della menzogna, con la quale egli porrebbe a scherno un atto solenne che tutti i suoi concittadini riguardano come il suggello della massima veracità. Egli poi non ignora le gravi conseguenze che lo Stato prepara a chi spergiura, e per quanto sia cauto, non può dirsi sicuro giammai che la sua menzogna non venga scoperta. Ma perchè il giuramento ottenga questa efficacia, è anche necessario che sia circondato di convenienti solennità, ed espresso con una formola che sia riconosciuta dalla religione del giurante, e acconcia a fare impressione sull' anima di lui [12]. Si guardi però il giudice dal richiederlo troppo di sovente [13], poichè prodigando un atto così serio ad occasioni non adequate,

è stabilito ciò che segue, riguardo all' ammonizione: « Prima dell' esame del testimonio lo si ammonirà di deporre la pura verità, secondo la migliore sua scienza e coscienza, intorno a tutte le circostanze sulle quali sarà interrogato, di non sottacere cosa alcuna, e di fare la sua deposizione in modo tale da poter all' occorrenza confermarla con giuramento ». — Come si vede questa formola contiene gli *oggetti* su cui dee versare l'ammonizione, ma il *modo* di esprimerla al testimonio è lasciato in arbitrio del giudice. Così il Ministro della Giust. con Disp. 18 luglio 1857 n.° 14748 dichiarò che « siccome nel fare l'ammonizione si deve aver riguardo alla cultura ed all' intelligenza di chi dee prestare il giuramento (sia come parte in causa civile, sia come testimonio) così quando chi ha da giurare è un sacerdote, l' ammonizione dee limitarsi ad un breve cenno sulle conseguenze *penali* dello spergiuro, coll' avvertenza che per il di lui stato gli deve essere nota l' importanza e la santità del giuramento ». — A).

11 Bentham, *Traité*, I, pag. 176.

12 Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 73. E la *Proc. pen. ted.* dell' Autore § 126.

13 Vedi la memoria dell' Autore nell' *Arch. del Dir. Crim.*, vol. II, pag. 418. — (Nel Reg. Austr. è fatta distinzione tra crimini e delitti da un lato e contravvenzioni dall' altro. Per queste ultime non è richiesto che i testimonj prestino giuramento, come già si è notato a pag. 24 nota * del presente volume; e basta il tocco della mano. Se però l' imputato lo domanda, o se la contravvenzione importa la pena dell' arresto per non meno d' un mese, o della multa di almeno 100 fiorini, o la perdita del mestiere o di altri diritti e licenze, allora il testimonio dovrà giurare, semprechè non ostino impedimenti legali (§ 422) — A).

verrebbe a far scomparire l'idea della sua santità ed importanza.

Non è poi lo stesso che il giuramento si presti prima dell' esame o dopo [14], poichè l'esperienza insegna che quando il testimonio è chiamato a giurare la verità delle cose da lui già narrate, queste gli si rappresentano di nuovo dinanzi alla mente e pongono in mostra, per così dire, tutta l'estensione del suo giuramento, e però egli si determina a giurare con molto maggiore coscienziosità, che non allorquando gli si fa prestare una semplice promessa giurata (giuramento promissorio) di voler dire la verità.

† Furon fatti di recente importanti studj legislativi circa il giuramento dei testimonj nella procedura giudiziale. Si disputò: A) se il giuramento sia da considerarsi come una sanzione religiosa, e debba riportarsi per conseguenza alla fede religiosa del giurante; B) se possa obbligarsi a giurare anche quel testimonio, che, per scrupolo di coscienza, o per le sue idee religiose, rifugge dal giuramento; C) se si debbano accettare come testimonj anche quelli che non possono ammettersi al giuramento, o se siano da sentirsi almeno *pour donner des renseignements;* D) finalmente se, dove avvi il procedimento orale, i testimonj abbiano da giurare due volte, ossia nella inquisizione preliminare e nel dibattimento.

La prima di siffatte quistioni (A) venne trattata specialmente in Inghilterra ed in America; e quivi era stato deciso essere testimonio inabile colui che non ha veruna fede di religione, pel motivo che non può attendersi veracità da chi dichiara di non tenersi punto costretto ad esser sincero da alcuna sanzione religiosa. La prima cosa pertanto che si domandava un tempo al testimonio in Inghilterra ed in America, si era s' egli credesse in Dio e nella immortalità dell'anima; perchè se rispondeva di no, non poteva nemmeno ammettersi a far testimonianza (*a*). Tutta-

14 *Proc. pen. ted.*, § 126. (Nel Reg. Austr. il testimonio giura *dopo chiuso l' esame* e la formola è: « Giuro di avere deposto sinceramente, senza favore, odio o timore la pura e intiera verità e null' altro che la verità. Così Dio mi ajuti! » Un' altra ragione poi per preferire la massima di far giurare il testimonio *dopo* l'esame si è, che durante l'esame egli potrebbe svelare de' motivi d' impedimento a giurare, p. e., suscitar il sospetto ch'egli stesso abbia preso parte al reato, o manifestare odio speciale contro l' imputato, o deporre cose già provate false, e simili — A).

(*a*) Vedansi buone spiegazioni in Best, *Treatise on the law of evidence* (Tratt. sulla legge della prova), pag. 207-212; e in Greenleaf, *Treatise* (Tratt.), pag. 486.

via la pratica più recente e le nuove leggi, non prescrivono più siffatta domanda, non parendo decoroso questo scrutare inquisitoriamente la fede d'un uomo, e potendo anzi una indagine di questa sorta favorire l'ipocrisia o promovere controversie religiose in giudizio. Se però, al momento di giurare, un testimonio dicesse spontaneamente di non tenervisi obbligato perchè non crede in Dio, potrebb'essere un motivo per rifiutare la sua testimonianza (*a*).

La seconda quistione (B) ha una importanza per rispetto a certe sette religiose, le quali non concedono di giurare, qual' è quella dei Quaccheri e dei Separatisti. Nel Regno della Gran Brettagna sonvi delle sette indiane secondo le idee delle quali supplisce al giuramento la solenne asseveranza. Se però, dove vi sono di tali sette, la legge non dichiara espressamente che i loro membri siano dispensati dal giurare, il giudice non potrebbe dispensarli da sè (*). Così pure s'è introdotto in Inghilterra, da qualche tempo, l'usanza che i testimonj dicano di non poter giurare per scrupolo di coscienza; e una legge del 1854 dispone che, *in affari civili*, se un testimonio fa questa eccezione e il giudice si persuade che non sia un pretesto, possa limitarsi a fare una solenne asseveranza di quel che ha deposto o che deve deporre (*b*).

Ben più difficile è la terza quistione (C) se cioè la legge abbia da ammettere come testimonj anche quelli che non giurano, o se debbano sentirsi soltanto per dare degli schiarimenti. La legislazione inglese non fa eccezione di sorta; nessuno può essere ammesso a far testimonianza se non può anche prestar giuramento (tranne le eccezioni suindicate), la qual cosa, come si vedrà, è di speciale rilievo, per rispetto alla testimonianza dei fanciulli. La legislazione francese, invece (Code Pénal art. 28), esclude dal diritto

(*a*) Best, pag. 212. (Che se, come nel Reg. Austr. fosse principio di legge che il giuramento si presta dopo l'esame, la deposizione in questa ipotesi non potrebb'essere giurata e mancherebbe di una delle condizioni prescritte — A).

(*) Nel Reg. Austr. è disposto: « Il testimone appartenente ad una società religiosa, alla quale per legge è concesso di ricusare un giuramento formale, farà in sua vece una dichiarazione di solenne asseveranza ».

(*b*) Vedasi la bella dissertazione di Paper, nella raccolta intitolata: *Read before the juridical society* (Letture alla società dei giuristi), Londra 1857, fasc. 5.°, pag. 450. (A noi non sembra ammissibile eccezione veruna. Conosciam qualche caso in cui il testimonio non sapeva indursi a giurare perchè era, a dir così, spaventato dalla solennità di quest'atto e temeva di aver forse, senza saperlo, detta qualche circostanza non vera:

di fare testimonianza quelli che furono condannati a certe pene maggiori, ma permette che possano esser chiamati a dare de' semplici *renseignements*. I fanciulli al di sotto dei quindici anni, non possono farsi giurare, a termini dell' art. 79 del Code Pénal, e devon essere sentiti, non già in vero esame, ma in forma di dichiarazione; la qual regola venne dalla pratica estesa anche al caso in cui gli impuberi siano sentiti dinanzi alle assise (*a*). Giusta l'art. 322 del *Code d' instruction*, « *pourront être reçues* » le deposizioni dei prossimi congiunti, dei conjugi e dei denunzianti; ma siccome l' art. 269 dà al Presidente il diritto di citare *tutte* le persone che crede necessarie, così la pratica gli dà anche quello di citare come testimonj persone che altrimenti sarebbero escluse; se non che non si fa prestar loro il giuramento, e le deposizioni loro si considerano soltanto come schiarimenti. Lo stesso principio adottarono i codici tedeschi, anzi non solo diedero al Presidente quel diritto, come in Francia, ma indicarono precisamente (col nome di testimonj d'informazione (*Auskunftszeugen*)) quelle persone che possono bensì sentirsi in esame, ma non farsi giurare (*b*).

Non possiamo lodare la disposizione della legge francese che concede di sentir in esame anche testimonj non giurati; e se ciò si può ammettere al più nella istruzione preliminare (come suole avvenire) nella quale potrebbero somministrare tracce e notizie, non lo si dovrebbe poi ammettere nel dibattimento. Una delle due: o la sanzione religiosa si considera come essenziale per meritar fede ad un testimonio, o la si considera come una mera formalità. E se la si dice essenziale, non si devono dunque ammettere testimonj che non prestano giuramento, poichè vi sarebbe il pericolo che i Giurati, i quali hanno da decidere unica-

ma per un caso straordinario d'una coscienza sì meticolosa, non sarebbe prudente aprir l'adito al pretesto, che verrebbe sempre addotto da un testimonio che volesse schivare di confermar le sue deposizioni col giuramento — A).

(*a*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 297.

(*b*) Cod. Bav. 1848 § 46. Secondo il Reg. Austr. § 132 « *non possono farsi giurare* le persone sospette di aver commesso elleno stesse il reato, o di avervi preso parte; quelle che si trovano sotto processo per un crimine *qualunque*, o per delitto o contravvenzione commessa per avidità di lucro; quelle che furono già punite per falsa testimonianza o falso giuramento; che non hanno compiti i 14 anni, *al tempo dell' esame*; che son deboli di mente; che vivono in inimicizia coll' imputato, in quanto depongano contro di lui; o che deposero circostanze provate false. Ma di questi testimonj sospetti si parlerà più diffusamente in seguito.

mente all'appoggio del loro intimo convincimento, ossia fors' anche dietro semplici impressioni, si determinino per l'appunto sulla deposizione di un testimonio non ammesso a giurare, il quale poi può essersi indotto tanto più facilmente a deporre circostanze non vere, in quanto che non potrebb' essere punito per titolo di falsa testimonianza (*). La cosa è ancor più pericolosa dacchè, giusta una decisione della Cassazione del 19 genn. 1835, non vi sarebbe nullità se un presidente facesse anche giurare un testimonio di quella categoria; decisione che non saprebbesi giustificare (*a*). Del resto tutta codesta distinzione tra *temoins de preuve* e *temoins de renseignements* non ha fondamento di sorta (*b*).

L'ultima quistione finalmente (D), se, cioè, il giuramento s'abbia da far prestare due volte, ossia nell'istruzione preliminare e nel dibattimento, è di molta importanza. Così avviene infatti in Inghilterra ed in Francia, dovendosi presentare anche alla camera d'accusa deposizioni giurate; il contrario, in vece, accade in Germania, temendosi che torni di danno il ripetere il giuramento. Le sole leggi di Baviera e del Wirtemberg si attengono alla regola francese, laddove in Austria (Reg. § 131) e nel Granducato di Baden (Reg. § 153), il testimonio giura soltanto nell'inquisizione preliminare; nel dibattimento poi gli si ricorda il giuramento prestato. In Prussia (Legge del 1849 § 45), in Sassonia (Reg. § 224) e nel Granducato di Oldenburgo, il testimonio giura soltanto al dibattimento, salvo il caso che il giudice avesse dei motivi per dubitare che il testimonio non dica il vero, se non si trovi vincolato col giuramento, o che possa forse essere impedito dal comparire in persona al dibattimento.

Del resto non può taccersi che la disposizione del Reg. austriaco si può giustificare colla considerazione che in esso non viene riconosciuta nè apprezzata, quanto si do-

(*) Nel Reg. Austr., che ammette una teoria legale di prove, queste considerazioni non potevano aver efficacia, poichè è legalmente impossibile che il giudice dia forza di prova ad una testimonianza non giurata. Quindi non v'era difficoltà a sentire anche testimonj sospetti od impuberi, poichè, date certe condizioni, possono costituire una prova incompleta, come si verrà esponendo a suo tempo. In relazione a ciò è anche principio di legge (Cod. pen. § 199 *a*) che la falsa testimonianza sia un crimine anche se non è accompagnata da giuramento — A.

(*a*) Morin, *Journal de droit crim.* 1855, pag. 164.

(*b*) Trebutien, *Droit criminel*, vol. II, pag. 405.

vrebbe, l'importanza del dibattimento, che è pure l'essenza del processo (*) ✝.

Le formalità prescritte dalla legge per l'esame dei testimonj [15] devon essere rigorosamente osservate, poichè in forza di esse si può contare con tanto maggior sicurezza sulla veracità del testimonio, quanto è più profonda l'impressione che le gravi e solenni forme giudiziali fanno sull'animo di lui; ed anche perchè allora gli si presenta più facilmente alla memoria l'importanza della deposizione testimoniale, e viene anche più fortemente eccitato a porre la maggior possibile ponderazione in ogni sua parola.

È altresì importante la publicità della deposizione [16]. Il testimonio che dee deporre sotto gli occhi de' suoi concittadini, in mezzo ai quali vi posson essere di quelli che conoscono come stanno veramente le cose, e lo accuserebbero al certo di menzogna, si sente spinto doppiamente a dire il vero.

Giova eziandio la qualità del metodo con cui il giudice sente in esame il testimonio [17]. Si possono facilmente commettere due errori; l'uno di far domande troppo generiche, l'altro di far domande troppo speciali [18] e suggestive.

(*) Pur troppo è vero; ma, come notammo altrove, tutto si connette col sistema delle prove. Ammesse le prove legali, bisogna ammettere l'appellazione; in appello la ripetizione del dibattimento, oltrechè sarebbe immensamente dispendiosa, porrebbe anche in pericolo la verità, giacchè nel frattempo i testimonj potrebbero cambiare le loro deposizioni; di qui la necessità di erigere un processo scritto, esatto e completo, come si usava quando non v'era dibattimento orale; e di qui finalmente la conseguenza che il dibattimento stesso sia, in molti casi, una mera ripetizione del processo scritto, senza importanza alcuna nemmeno nella determinazione del convincimento dei giudici. Ma lasciando questa spinosa quistione, la soluzione della quale non può trovarsi in mezze misure, ognun vede il perchè nel Reg. Austr. si sia preferita la massima di far giurare i testimonj nel processo scritto, e non al dibattimento. Le ragioni pro e contra si trovano assai bene sviluppate dal Cons. Min. Hye nei suoi *Principj fondam.*, pag. 520 dell' ediz. ital. (dove alla lin. 5 si legga *rimovere* anzichè *rinnovare*, poichè il testo tedesco dice *ferne zu halten*). È però da notarsi che talora l'imputato negativo sembra dubitare se sia vero che un testimonio abbia giurato nel processo scritto, e vorrebbe vederlo giurare dinanzi a sè; e secondo il nostro giudizio, non sarebbe per nulla pericoloso rimettere al Tribunale del dibattimento il decidere, se, sopra domanda dell'accusato, e quando non osti verun'altra eccezione, si possa far prestare ad un testimonio importante un nuovo giuramento — A.

15 P. e., il numero dei membri componenti il consesso giudiziale.

16 Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 146, *Rationale* (Princ.) vol. I, pag. 54.

17 Bentham, *Rationale*, (Principj), vol. I, pag. 445. — Costantini, op. cit., pag. 467.

18 P. e., lo si interroga che cosa sappia di ciò che avvenne ai 12 gennajo. Questo si usa principalmente nelle istruzioni di processo in Francia.

Per effetto delle domande troppo generiche il testimonio crede di essere autorizzato a narrare soltanto ciò che a lui è noto come più importante, e separando così ciò che dee dire da ciò che gli sembra di poter tacere, obbedisce alla passione od all'interesse, e finisce per celare quello che più gli piace, secondo che giova a lui od all'accusato, acquietando poi la sua coscienza col dire che non era stato di ciò interrogato. Quando, al contrario, le domande son troppo speciali; quando son fatte in modo che contengono ciò che, in vece, si dovrebbe sentire dal testimonio; quando insomma non abbia da rispondere che con un *sì* o con un *no* [19], può temersi che egli sia così leggiero e badi sì poco alle conseguenze della sua deposizione, da afferrare l'occasione per trarsi dall'impaccio di una lunga risposta, col dire senz'altro un sì; oppure sia sì malvagio da approfittare di quell'occasione, per dare una risposta affermativa anche sopra fatti che veramente non conosce, traendo così in errore il giudice col fargli credere che abbia deposto per propria esperienza sui particolari del fatto.

Sopra tutto poi è assolutamente necessario che il giudice decidente si procacci la conoscenza individuale del testimonio, almeno per quanto occorre onde poter decidere della fede che merita. E siccome la fede che il giudice attribuisce al testimonio dipende dalla presunzione che questi abbia potuto conoscere la verità ed abbia voluto manifestarla, il giudice dee pur informarsi di tutti quei fatti da cui questa presunzione può sorgere [20]. Tali sono la capacità intellettuale del testimonio, il suo contegno, il modo di deporre. V'ha di quelli che, ad un solo sguardo, danno a capire che non sono in grado di percepire giustamente le cose; il deporre con passione, il titubare narrando i particolari dei fatti; un certo quale imbarazzo dinanzi al giudice, come di chi vuol celare qualche cosa; lo sfuggire a certe domande, e simili, son tutti argomenti coi quali il giudice si forma un criterio sul merito del testimonio. Ora, se l'esame è segreto; se il giudice che dee decidere ha da prestar fede soltanto agli atti assunti dal giudice inquirente;

19 Come quando si domanda: A era presente? B portava un abito verde?

20 Aveva dunque ragione Adriano dicendo *testibus se, non testimoniis crediturum* (Leg. 3, § 3, Dig. *De Testibus*. XXII, 5) cioè che avrebbe creduto ai *testimonj* e non alle *testimonianze*, o in altre parole, alla persona e non alla deposizione.

se a lui non parla che la morta lettera dello scritto, senza che gli sia dato di vedere o sentire il testimonio in persona, gli è certo che non possiede i necessarj materiali per decidere qual fede gli sia dovuta. Sia pur coscienzioso il giudice inquirente, ma non arriverà mai a cogliere pienamente tutte le minute circostanze che caratterizzano il modo di deporre, ed a far accettare i suoi protocolli d'esame come sufficienti surrogati della publicità (*). Il balbettare, il turbarsi, l'oscillare, cambiando ciò che poc'anzi aveva detto, sono, per un giudice conoscitore degli uomini, indizj sufficienti a trattenerlo dal prestare intera fede al testimonio. La publicità rende ad ogni modo possibile al giudice di dissipare, con opportune domande dirette al testimonio presente, quei dubbj che altrimenti rimarrebbero, se non ci fosse che la deposizione scritta. L'inquirente poi che non ha da decider lui il processo, non dà, nè può dare, il necessario valore a certe circostanze secondarie; laddove il giudice decidente, che dee pur raccogliere in un tutto complessivo l'intiera inquisizione, ha da vedere, per quanto è possibile, se le deposizioni testimoniali corrispondono allo scopo pel quale furono assunte.

Aggiunta inedita.

Le nuove procedure fondate sull'oralità e sul principio d'accusa, hanno posta ancor più in rilievo l'importanza che ha il metodo con cui i testimonj vengono sentiti, sulla valutazione della fede che va loro attribuita.

1.° Circa il quesito quali funzionarj abbiano da aver il diritto di sentir in esame i testimonj, il codice d'istruzione criminale francese lo attribuisce al giudice istruttore, il quale assume il testimonio in esame e lo fa giurare, ma non in presenza dell'imputato (*a*). In Inghilterra, per lo contrario, chi sente i testimonj è il giudice di pace o di polizia; e lo sente in presenza dell'imputato; anzi publicamente (*b*); il che reca il vantaggio che l'imputato e il

(*) Il giudice che pronunzia sugli atti scritti e non in seguito a orale dibattimento « sostituisce alla testimonianza della propria coscienza, la presunta integrità, i presunti lumi dell'inquisitore ». E siccome ogni deposizione è attestata quale sta scritta, conforme a quanto l'inquisitore ha steso « vi ha un testimonio del testimonio, e quindi una probabilità della probabilità ». Celso Marzucchi, *Memoria citata*, pag. 115 e 116. Osservazioni giustissime confermate ogni giorno dall'esperienza.

(*a*) Helie, *Traité de l'instr. crim.* Vol. V, pag. 557.

(*b*) Best, *Treatise of evidence* (Tratt. della prova), pag. 122.

suo difensore possono opporre addirittura le eccezioni che credono contro la persona del testimonio, o dirigergli anche le domande che stimano opportune, prevenendo così ogni parzialità che il giudice volesse commettere. L'esperienza insegna altresì, in Inghilterra, che con siffatta publicità si scopre meglio il vero, poichè il testimonio sente maggior vergogna a mentire, ben sapendo che là, in publico, la sua menzogna, potrebbe assai facilmente essere scoperta (*a*). Le legislazioni tedesche ed italiane che adottarono l'oralità, seguirono per altro il principio francese (*).

2.° È generalmente ammessa la necessità di sentire ciaschedun testimonio da solo (*b*); laonde sarebbe una biasimevole condiscendenza quella d'un giudice che dovendo, p. e., sentir in esame due conjugi di condizione elevata, li lasciasse presenti insieme; e il pericolo è assai grave, poichè di tal maniera si avrebbe una mentita ed apparente consonanza di deposizioni. Il testimonio di corta intelligenza, che non capisce la portata della sua deposizione; il timido che non ha il coraggio di contradire a quella che udì fatta dal testimonio che lo ha preceduto, confermerebbero senz'altro la testimonianza altrui, quando all'invece, se fossero stati sentiti da soli, avrebbero forse deposto assai diversamente (**).

3.° Anche nelle nuove leggi (*c*) come nella pratica francese (*d*) è espressamente ingiunto di evitare le domande suggestive, per non incorrere nel pericolo che il testimonio, il quale, forse, non saprebbe dir nulla dei fatti per

(*a*) Così anche in America. Vedi Greenleaf, *Treatise of evidence*, vol. I, pag. 160.

(*) I costumi del continente Europeo sembrano porre gravissimo ostacolo all'adozione del sistema inglese. Pur troppo i testimonj hanno da temere e dall'imputato e da'suoi parenti ed amici, e però sarebbero tra due mali: quel di esporsi alla vendetta, o di mentire in giudizio. Quando il principio dell'oralità e publicità sarà profondamente radicato, sarà forse possibile fare un passo più innanzi — A.

(*b*) Helie, *Traité*, Vol. V, pag. 594. — Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 273.

(**) Come poi questi pericoli si possano evitare nel sistema inglese noi non sappiamo comprenderlo. Sentito in publico un testimonio, può sorgere la necessità di sentirne un altro da prima non conosciuto; ma quest'altro non potrebbe essere venuto alla publica udienza, allo scopo di sentire quel che direbbe il primo e mettersi d'accordo? — A.

(*c*) Reg. Aust., § 126: « Si eviteranno domande colle quali vengano suggerite al testimonio circostanze di fatto che trattasi appunto di stabilire mediante la sua risposta ». — Reg. di Sassonia, §§ 219 e 222: e di Oldenburgo, § 125.

(*d*) Helie, *Traité*, vol. V, pag. 609.

propria notizia ed esperienza, s'induca ad affermare o per timidezza al cospetto del giudice, o perchè creda che questi conosca meglio la cosa. Tuttavia qualche volta non è assolutamente possibile di evitare le domande suggestive, quando, cioè, il testimonio non risponde alle domande più generiche della cosa, sicchè bisogna fargli delle domande speciali, alle quali soltanto s'ottiene una confacente risposta (*).

4.° A' termini degli art. 32 e 33 del codice francese d'istruz. crim., nei casi di delitto flagrante, anche il procuratore imperiale ha facoltà di sentire i testimonj, ma la legge dice che potrà raccogliere da loro soltanto delle dichiarazioni, e non propriamente sentirli in esame (*a*). Anche nelle leggi tedesche, che hanno adottato l'instituzione del Publico Ministero secondo il carattere che ha nella legislazione francese, questo diritto è conceduto al Procuratore di Stato, nei casi in cui vi sia pericolo nel ritardo (*b*); ma queste informazioni non possono equivalere a un vero esame; oltre di che l'esperienza dimostra che facilmente il testimonio resta prevenuto, sul contegno da avere quando verrà sentito dal giudice inquirente, poichè il Procuratore nel sentirlo può aver dato alle sue interrogazioni un indirizzo affatto parziale colla mira di scoprire la colpa.

5.° Ma la quistione più difficile si riferisce al modo di sentire i testimonj nel dibattimento. Le nuove legislazioni presentano, sotto questo rapporto, sistemi assai diversi.

A. Secondo le leggi d'Inghilterra e d'America, non è il Presidente del dibattimento che sente in esame i testimonj, sibbene le due parti; laonde l'accusatore o il querelante interroga i testimonj da lui prodotti per l'accusa; ben inteso però che devono sottoporsi altresì all'esame incrociato, e che, per conseguenza, anche il difensore può far loro delle domande. E così viceversa, il difensore interroga i testimonj a favore, ai quali però può far domande anche l'accusatore. L'esame diretto, che fa quella parte che ha provocata la citazione, si dice *Examination in chief* (esame principale); quello che fa la parte contraria si dice

(*) Vedi la nota ** a pag. 320 e la nota * a pag. 322 del presente volume.

(*a*) Helie, *Traité*, vol. IV, pag. 698.

(*b*) Reg. di Brunswig, § 76; d'Oldemburgo, §§ 28 e 29; di Sassoia, § 76. (Non così il Reg. Austr. Il Procuratore di Stato non può assolutamente sentir testimonj in nessun caso — A).

Cross-examination (esame incrociato). Quest' ultimo modo d' esame, già praticato dai Romani, e assai raccomandato da Quintiliano (*Instit. orat.* lib. V cap. 7), si considera anche in Inghilterra e in America come il miglior metodo, sia per scoprire la verità, come per conoscere il testimonio, e per ovviare al pericolo della parzialità (*a*). Ben è vero che può aver luogo qualche abuso, e che un avvocato presuntuoso e di ruvide maniere, potrebbe sconcertare il testimonio, e con domande sconvenienti persino intimorirlo; ma a questo abuso può ovviare il Presidente col non concedere che si facciano domande inopportune. Del resto l'esame incrociato, per chi sappia interrogare posatamente e con avvedutezza, non v' ha dubbio che giova o a far spiccare l'assurdo che per avventura si contenesse in una data deposizione, o a costringere il testimonio ad esporre anche quelle circostanze che pongono in dubbio la sua credibilità, od a scoprirsi in contraddizione con sè medesimo, o finalmente a dire come sappia ciò che narra (la causa della scienza).

B. Il sistema del codice francese d' istruzione criminale, articoli 317-320, dispone che chi sente in esame i testimonj sia il Presidente, ma che anche ognuno dei giudici e dei giurati e il Publico Ministero, siano in facoltà di interrogare; anzi il Publico Ministero può interrogare a suo piacimento, mentre che il difensore può far domande soltanto *par l' organe du Président*. È ben vero che in pratica i presidenti sogliono permettere al difensore di far egli direttamente le domande che crede (*b*); starà sempre però che siffatta disposizione è di nocumento, siccome quella che attribuisce troppa influenza al presidente e lo fa arbitro di limitare la difesa.

C. Egli è adunque assai più conveniente il sistema adottato da alcune recenti leggi tedesche, p. e., da quella di Baviera, art. 164, e dal Reg. Austriaco § 243, secondo cui il difensore, purchè abbia ottenuta la parola dal presidente può interrogare direttamente i testimonj. Che se il difensore abusasse di questo suo diritto, il presidente potrebbe anche levarglielo; ed è poi molto saggia l' ordinanza del Ministro della Giustizia in Austria 13 gennajo 1857 (*),

(*a*) Best. Op. cit., pag. 737. — Greenleaf. Op. cit., Vol. I, pag. 582. Vedi anche la nota ** a pag. 91 del presente volume.

(*b*) Trebutien, *Cours de droit crim.*, vol. II, pag. 408.

(*) Riferita nella citata nota ** a pag. 91 del presente volume.

che dispone non aver diritto il presidente di pretendere che il difensore gli manifesti prima, quando domanda la parola, su di che voglia interrogare, ma aver solo il diritto di proibire al testimonio di rispondere, se, fatta la domanda, questa gli sembrasse inopportuna.

D. Ma il più censurabile sistema, quello che più d'ogni altro nuoce alla forza della testimonianza, si è quello introdotto dalla pratica in Francia, di sostituire all'esame orale la lettura della deposizione scritta che fu fatta nel processo d'istruzione. E infatti il presidente, in forza del suo potere discrezionale, può ordinare che tali deposizioni vengano lette, e in generale poi ciò si fa quando il testimonio citato non sia comparso. Egli è vero bensì che ponno accadere dei casi in cui la società perda un mezzo importante di prova, come quando il testimonio sentito nell'istruzione preliminare viene a morire prima del dibattimento (*), o non si può trovare; i quali accidenti possono esser di danno altresì alla difesa; ma non cessa per questo di essere pericolosa la semplice lettura delle deposizioni. In Inghilterra questo pericolo non esiste, perchè anche l'istruzione preliminare è publica, e il testimonio viene esaminato in presenza dell'imputato (**) ed è sottoposto all'esame incrociato; ma in Francia, in Germania, in Italia, dove l'esame del testimonio nel processo preliminare, avviene in segreto e senza la presenza dell'imputato, come potrà la lettura del protocollo tener luogo della comparsa personale, venendo meno, e per il Publico Ministero e per il difensore, il vantaggio essenziale di vedere e conoscere il testimonio e sopratutto di interrogarlo? Per di più poi questa pratica è in contraddizione colla prescrizione dell'art. 341 del codice d'istruz. crim. che vieta di comunicare ai giurati le deposizioni scritte dei testimonj (*a*). Perciò insigni scrittori francesi, quali sono *Helie* (nella *Révue de Legislation*, volume XVII, pag. 368), e *Bonnier* (Traité des preuves, pag. 302) non approvano questo metodo; ma la pratica è tale, e vien seguita anche dai codici tedeschi e italiani, benchè con alcune restrizioni, che però non sono gran fatto rassicuranti.

(*) Di qui si vede quanto sia importante che i testimonj prestino il giuramento nell'inquisizione preliminare — A.

(**) E quando l'imputato è ancora ignoto? — A.

(*a*) Quando il Giurì si ritira nella sala dello scrutinio, gli si consegnano l'atto d'accusa, i processi verbali che servono a constatare il fatto in genere, e gli altri atti che non siano le deposizioni scritte dei testimonj.

Vedi la mia opera *Die Gesetzgebung und Rechtsübung* (Legislazione e pratica, ecc.), pag. 311 e 470 (*).

CAPITOLO XXXIX.

Della prova testimoniale secondo la diversità delle legislazioni.

Sebbene qualunque legislazione consideri la prova testimoniale come una delle più importanti, le particolari disposizioni però concernenti, p. e., l'ammissibilità di certi testimonj, le formalità dell'esame e simili, sono diverse a seconda dei diversi principj che le leggi hanno tolto a seguire.

L'essere il processo fondato sul principio d'accusa o sul principio d'inquisizione, ha già di per sè una grande influenza [1]. Nel processo accusatorio campeggia l'idea d'una lotta tra le due parti, accusatore ed accusato, che si stanno ostilmente di contro l'un l'altro e che cercano con ogni mezzo di combattersi. L'accusatore cerca di convincere il giudice della reità dell'accusato o della verità dell'accusa; l'accusato poi s'adopera a persuaderlo della inanità dell'accusa, e s'oppone a tutte le prove di cui si serve l'accusatore; e quindi interroga i testimonj, e cerca di avvolgerli in contraddizioni e farli comparire indegni di fede [2]. I testimonj prodotti dall'accusatore e dall'accusato sono le armi di cui ognun d'essi si serve, e di cui ad un tempo cercano di indebolire l'efficacia; il che dimostra che anche l'accusato deve avere la più ampia facoltà di cooperare all'esame del testimonio, e che il testimonio dev'essere sentito soltanto in presenza delle parti. Ecco perchè poi una legislazione fondata sul principio d'accusa, esclude dal novero dei testimonj ammissibili quelle persone che sono in istretto rapporto coll'accusatore, come sarebbero i suoi congiunti o famigliari, poichè si può prevedere che la loro testimo-

(*) Per quanto siano forti le ragioni che astrattamente farebbero preferire il sistema della comparsa personale di *tutti* i testimonj, la pratica farà sempre una scelta dei più importanti, anzi degli essenzialmente necessari, e citerà questi soli, accontentandosi di far leggere le deposizioni degli altri. Da un lato la spesa assai grave per le competenze loro dovute, se vengono da luoghi lontani dal Tribunale; dall'altro il consumo di tempo nel sentirli in esame; e per ultimo la considerazione che i cittadini non devono senza necessità essere tolti alle loro faccende, son le ragioni per le quali si cita il minor numero possibile di testimonj — A.

1 Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 160 (Lib. IV, c. 9).

2 L'esame incrociato inglese dà la migliore immagine di questo procedimento.

nianza sarebbe parziale e non consisterebbe in altro che in una ripetizione di ciò che l'accusatore ha già esposto. E infatti quanto più una legislazione segue le idee popolari, tanto dev' essere più rigorosa nell' escludere certi testimonj, proibendo anzi d' interrogarli. La stessa publicità del dibattimento, come avviene nel processo accusatorio, influisce sull' ammettere od escludere i testimonj, perocchè si può concepire facilmente qual ripugnanza debba avere il popolo al veder citati come testimonj, in publica udienza, i parenti o i dipendenti dell' accusato a porsi in faccia a lui ed a deporre in suo aggravio, mal potendosi tollerare quella lotta contro i doveri naturali e quella specie di tortura a cui il testimonio soggiace. Egli è evidente che a poco a poco dev' essere sorta l' opinione di non ammettere assolutamente come testimonj queste persone, che sono in sì stretto rapporto coll'accusatore o coll'accusato, e che si è creata così una distinzione fra testimonj inabili (od inammissibili) e testimonj abili (od ammissibili).

Ben diverso è il punto di vista, sotto cui si presenta questa materia, in una legislazione fondata sul principio d'accusa. Siccome il carattere del processo inquisitorio (come già fu detto altrove) consiste nell'indagare accuratamente la verità, e nel raccogliere i materiali che ponno contribuire a porre il giudice in situazione di pronunziare una giusta sentenza sulla verità dell' imputazione, così ne viene che l' inquirente debba seguire ogni traccia, anche la più remota, per mezzo della quale possa giungere a scoprire il vero, od a procacciarsi nuovi indizj; e per conseguenza egli interroga tutti coloro da cui può aspettarsi una qualche notizia importante, per cavarne, come dice la pratica, informazioni. Può essere importante per lui persino la deposizione d' un infante, d' un parente, d' un correo; se non che poi in fine tocca al giudice di ponderare e raffrontare tra di loro tutti i materiali, che in tal maniera furono raccolti nel processo, allo scopo di decidere qual valore egli abbia da attribuire alle deposizioni testimoniali. Così s' allarga grandemente la cerchia dei testimonj, e si evita il pericolo (a cui vanno incontro le leggi che escludono un troppo gran numero di persone dal fare testimonianza) di privarsi delle fonti a cui attingere la verità. I testimonj, come dice Bentham, sono le orecchie e gli occhi della giustizia [3]. Epperò una savia legislazione pro-

3 Bentham, *Traité*, vol. II, pag. 93.

cura di non chiudere queste orecchie e questi occhi, e di non togliersi da sè i mezzi di scoprire il vero; e pel solo motivo, p. e., che un uomo, il quale si trova detenuto in espiazione di pena, *può* non voler dire la verità, non vorrà erigere a regola generale, che tutti coloro che sono in istato di pena siano testimonj inabili; ma li ammetterà all'esame, lasciando poi al giudice il decidere, se e quanto si possa credere a un testimonio di tal natura.

Ecco pertanto che una legislazione fondata sul principio inquisitorio, allargandó, come si disse, la cerchia dei testimonj, dee però, a poco a poco, creare una distinzione tra quelli assolutamente inabili e quelli semplicemente sospetti; e riguardo a questi ultimi, il giudice è posto solamente in guardia dal timore che *non vogliano* dire la verità, salvo, del resto, il decidere poi qual fede sia loro dovuta nel caso concreto.

Del pari scomparisce nel processo inquisitorio quel sospetto, che i testimonj prodotti dall'accusatore siano parziali in suo favore, poichè è l'inquirente, che cita d'ufficio quei testimonj da cui spera di conoscere il vero, ed egli si presuppone che non sia parziale e non tenda soltanto a scoprire la reità, sibbene che cerchi, con pari sollecitudine, le prove della innocenza come quelle della colpa.

Anche il segreto da cui si circondava il processo inquisitorio (come era organizzato in Germania) cooperava a far aumentare il numero dei testimonj ammissibili; perocchè egli è evidente che nel processo segreto si possono chiamare anche le persone che stanno in istretto rapporto coll'imputato, parendo loro mén grave il deporre, perchè son lungi dall'imputato medesimo e dal publico, sicchè codeste loro deposizioni, essi non le gettano direttamente in faccia all'imputato, come avviene nel processo orale e publico, ma son come materiali di cui si farà uso in seguito.

Per ultimo una grandissima efficacia sulle disposizioni di legge relative alla prova testimoniale, dipende dall'essere i giudizj popolari oppure composti di più giureconsulti raccolti insieme collegialmente. Nel primo caso, siccome si ha l'idea fondamentale che i giurati, essendo tolti dal seno del popolo, conoscono meglio d'ognuno i testimonj e le loro circostanze personali, e sin anche l'opinione che godono generalmente tra i loro concittadini, così sono anche in istato di giudicare nel modo più giusto qual grado di

credibilità sia loro dovuta; e per conseguenza nulla osta che la legge estenda pure il numero dei testimonj ammissibili, lasciando poi decidere dai giurati qual valore possano avere le loro deposizioni. Nel secondo caso, all' incontro, quando, cioè, la legge demanda il diritto di sentenziare a un collegio di giudici giurisperiti, è anche necessario di dirigere il criterio dei giudici con prescrizioni possibilmente opportune sulle prove. E allora pel timore che i giudici prestino fede anche a certi testimonj che non la meritano, la legge pone dei limiti all'arbitrio giudiziale col formare una classificazione dei diversi testimonj, qualificandone certuni come sospetti ed altri come assolutamente inabili, e proibendo (poichè la legge considera tutto in astratto) di dar fede a quei testimonj che la legge stessa dichiara non credibili.

Ciò premesso, è facile concepire quali differenze si debbano trovare nelle varie legislazioni, anche per rispetto alla prova testimoniale.

Nel diritto romano [4], il principio d'accusa e la publicità della procedura, resero assai rigorose le prescrizioni di legge concernenti le qualità dei testimonj, che era lecito all'accusatore di produrre [5]. Ma la pratica e le decisioni dei giureconsulti avevano formati dei principj giuridici [6], intorno alla credibilità dei testimonj; e la publicità dei processi porgeva poi la opportunità di conoscere e pesare a giusto merito, quel che i testimonj valessero personalmente. Di quì si formò il principio, esser dovere dei giudici (che del resto decidevano come giurati) di deliberare sulla fede meritata dai testimonj, dopo attenta ponderazione di tutte le circostanze [7].

4 Ayrault, *L'ordre, formalité*, ecc., pag. 432.

5 Leg. 3, § 5, Dig. *De Testibus* (XXII 5) già riferito per intiero a pagina 11 nota 11. Si disputava se si potessero addurre come testimonj coloro che erano stati condannati per titolo di calunnia. Le leggi non lo vietavano, ma Papiniano opinò (Leg. 13 *eod. tit.*): « Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere ». E la leg. 18 ivi: « Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis, testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam *mulieres* testimonii in judicio dicendi jus habere ».

6 Che son raccolti in gran parte nel titolo V del Lib. XXII, intitolato *De Testibus*, e meritevole di attento studio.

7 Leg. 21 del Tit. succitato, § 3: « Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint, et negotii qualitas, ac judicis motus cum his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia; si vero ex his quidam aliud dixerint, licet impari numero, credendum est; sed quod naturæ negotii convenit, et quod inimicitiæ, aut gratiæ suspicione caret; confirmabitque judex

† Egli è verosimile, che già ai tempi di Cicerone, codeste regole fossero trovate e ridotte a sistema (*a*), e che già fosse ammesso non potersi certe persone citare come testimonj (*b*). Certo è poi che l'accusatore e il difensore interrogavano ciascuno i proprj, ma che anche la parte contraria poteva far loro delle domande, come vediamo nell'esame incrociato inglese (*c*). Nei retori si trovano dei precetti, per uso degli avvocati, sul modo di ben condurre questi interrogatorj (*d*) †.

Le costituzioni degli Imperatori trattano qua e là taluni punti concernenti la prova testimoniale [8], che considerano come sufficiente per determinare una sentenza di condanna [9]; ritenuto però che sulla deposizione di un testimonio unico, il giudice non possa mai condannare [10].

Nel medio evo il processo inquisitorio introdotto col diritto canonico, il processo segreto, e la creazione di una teoria legale di prove, indussero a poco a poco i pratici a distinguere i testimonj in certe categorie [11]; i passi del diritto romano, riferibili ai testimonj che l'accusatore non poteva produrre, furono invocati per dichiarare inabili a fare testimonianza le persone quivi nominate; e certi altri passi, sì del diritto romano che del diritto canonico, nei quali si faceva sentire una certa diffidenza contro taluni testimonj, servirono a far creare la categoria dei testimonj sospetti. L'opera di Farinacio [12] contiene le idee

motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit. Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonio, quibus potius lux veritatis adsistit ».

(*a*) Vedi la buona operetta di Escher, *De testium ratione quæ Romæ Ciceronis tempore obtinuit*. Zurigo 1842.

(*b*) Geib, *Geschichte des rom. crim. proz.* (Storia del proc. crim. rom.), pag. 140-556.

(*c*) Geib, ivi, pag. 540.

(*d*) Quinctil., *Instit. orat.*, lib. V, c. 7.

8 Leg. 9 Cod. *de testibus* (IV. 20): « Sanximus ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi preclaræ curiæ honore perfulgeat ».

9 Leg. 2 Cod. *quor. appell. non recip.* (VII. 45). In questa legge si dice che se un reo fu *testibus superatus* non possa appellare quando altresì sia anche *confesso*, poichè se fu soltanto *convinto* colle prove può appellare. — Leg. 8, Cod. *ad leg. Jul. de vi* (IX. 12). Leg. 16, Cod. *de pœnis* (IX 47). Leg. 25, Cod. *de probat.* (IV, 19). Sciant., ecc. (riferita a pag. 11, nota 13).

10 Leg. 9, Cod. *De testibus* qui sopra riferita a nota 8.

11 Queste opinioni si trovano raccolte da J. Claaus, *Sentent.* § *fin. Qu.* 66, n.° 5.

12 Farinacius, *Tractat. De testibus*, Lugduni 1589.

che venivano diffuse dai pratici del medio evo. Schwarzenberg, seguendo le idee del suo tempo, sanzionò la massima, essere necessaria, per far prova piena, la deposizione di due o tre testimonj idonei [15], e nell'ordinanza Bamberghese, all'art. 76. specificò le condizioni che deve avere un testimonio idoneo. La Carolina, al contrario, si limitò a un brevissimo cenno, riportandosi alle idee dei pratici, generalmente conosciute. Lo stesso fecero gli scrittori del secolo passato; taluni si posero a enumerare i requisiti che occorrono per costituire una prova piena per mezzo di testimonj; ed altri vollero distinguere tutti i testimonj in tre classi, inabili, sospetti e classici, stabilendo poi che agli inabili non possa il giudice attribuire alcuna fede, ed anzi non li possa assolutamente sentir in esame; e che i sospetti possano far sorgere appena una verosimiglianza, ma non una prova. Questa è, in sostanza, l'idea secondo cui sono concepiti anche i nuovi codici tedeschi.

Il codice austriaco (del 1803) si limita ad esporre i requisiti in generale della prova per testimonj [14], e non contiene una precisa classificazione di essi, abbandonando al giudice la valutazione delle loro testimonianze [15].

L'ordinanza Criminale prussiana, all'incontro [16], reca delle disposizioni circostanziate relativamente a quei testimonj che si devono considerare assolutamente inabili [17]; ed inoltre enumera quelle persone che non possono propriamente dirsi testimonj provanti, ma che possono esser sentite soltanto a maggiore schiarimento [18]. Noi stimiamo però che non sia conveniente il discendere a disposizioni particolari, poichè la legge coll'enumerar le persone la cui testimonianza non può far prova (quali, p. e., i figliastri ed i cognati) si toglie in qualche caso persino la possibi-

15 Art. 67-69 C. C. C.

14 § 405 (sostanzialmente identico al § 269 dell'attuale Regolamento, tranne l'ultimo requisito in questo indicato, e che si riferisce alla conferma della testimonianza al dibattimento. Di queste disposizioni si parlerà più particolarmente nei capitoli seguenti — A).

15 Cit. § 405 e attuale § 269 lett. *e*): « Nè dalla qualità personale o dai rapporti del testimone, ne dal tenore della sua deposizione dee sorgere *alcun fondato dubbio* intorno alla sua credibilità ». Altro non dice la legge, tranne per rispetto alle deposizioni dei correi, come si dirà più innanzi.

16 Ordin. crim. pruss., art. 556.

17 Vi sono niente meno che otto cause d'incapacità.

18 E sono dodici classi!

lità di scoprire il vero [19]. Ancor meno conveniente si è in quell' ordinanza, che si consideri minore la credibilità di un testimonio, pel solo motivo della religione a cui esso appartiene [20]. Ma ciò poi che assolutamente non può tollerarsi, si è, che nei casi d'alto tradimento e di somiglianti reati politici, anche quei testimonj, che in tutti gli altri casi la legge dichiara inabili, non solo si possano sentir in esame ma anche far giurare, e che, per conseguenza, il giudice sia autorizzato a prestar fede alla loro deposizione [21]. Non è egli ben strano che in questi reati appunto, nei quali dovrebb' essere assai più forte la difesa della civile libertà, e quando è maggiormente a temersi un abuso, la legge si mostri sì facile nell' ammettere la credibilità dei testimonj?

Non così il codice bavarese [22]. Anche in esso però la smania di voler provvedere a tutti i casi possibili, con una serie compiuta di regole, ha prodotto l' inconveniente che quelle regole siano poi troppo generiche e dottrinali e per conseguenza o non servano pel giudice [23], o impediscano persino di decidere il caso concreto [24]. Sopratutto è da censurarsi quel codice per avere dichiarato inabili a far testimonianza troppe persone [25], e per aver soverchiamente limitato il criterio del giudice, anche rispetto a quelli che

19 Basta immaginare il caso che uno abbia ucciso sua moglie in presenza di suo fratello e del cognato. Se egli nega il fatto non può essere condannato, secondo la legge prussiana, a fronte che questi due testimonj lo confermino con giuramento.

20 Così p. e., l' art. 557 al n.° 8 dichiara inabili gli israeliti a far testimonianza, quando si tratti di una pena che importi una multa superiore a 50 talleri, od una detenzione maggiore di sei settimane.

21 Ord. crim. pruss., art. 558.

22 Cod. pen. bav., P.e II, c. IV.

23 A che giova infatti che l' art. 277 dichiari richiedersi per la efficacia della testimonianza che non sussista alcun motivo di temere che il testimonio non abbia voluto o potuto dire il vero?

24 Così l'art. 277 combinato coll'art. 267, dispongono che la testimonianza non debba essere stata ottenuta con domande *suggestive*. Certo la domanda suggestiva è di danno; ma non può dirsi lo stesso di qualunque domanda *capziosa*.

25 P. e., (art. 278) colui che fu anche soltanto sottoposto a processo per titolo di calunnia e non ne fu dichiarato innocente; o colui che ha ricevuto qualche cosa per la deposizione da farsi. In un processo, importava di far venire dalla Francia un testimonio fino a Norimberga, e il danneggiato aveva un grandissimo interesse che questo testimonio comparisse personalmente, poichè egli solo era in grado di dare certe notizie influenti. Gli furon dunque promessi 500 fiorini pel viaggio e per la deposizione; ma appunto per ciò, e in vista del cod. bav. (od almeno della lettera della legge) questo testimonio dovette essere dichiarato inabile.

la legge dichiara testimonj sospetti [26]. E del pari non doveva sanzionare, come fece, la vecchia teoria della prova semipiena [27], poichè in questo modo ha indotto i giudici a credere che le prove si abbiano da misurare matematicamente.

Ma in quelle leggi nelle quali è tenuto conto del giudizio popolare, son ben altre le idee concernenti la prova testimoniale; nulla vi si trova nè sui requisiti nè sul numero dei testimonj, nè sulle differenze tra testimonj sospetti ed inabili; tutto è rimesso ai giurati; spetta a questi il decidere se la accusa sia fondata sul vero, senz'obbligo, nemmeno di manifestare i motivi del loro giudizio. — Tali sono, p. e., le disposizioni della legislazione francese.

Quelle che concernono l'esame dei testimonj nell'istruzione preliminare, sono però troppo poche [28], perchè la legge avrebbe dovuto dare al giudice istruttore alcune norme direttive, per metterlo in guardia contro parecchi possibili abbagli, la cui dannosa influenza non di rado si nota nelle procedure d'istruzione in Francia [29]. Quanto al publico dibattimento, la legge determina soltanto che spetta al presidente il sentire in esame i testimonj; ma circa al modo con cui egli ha da assumere questo esame, dipende dal suo criterio [30]. Del resto l'uguaglianza tra l'accusatore e l'imputato è gravemente alterata, per la disposizione di legge, che dà al Publico Ministero il diritto di interrogare direttamente i testimonj, laddove l'accusato e il suo difensore sono obbligati di pregare il presidente a voler fare ai testimonj certe domande che loro interessano; con che, in ultima analisi, si fa dipendere soltanto dalla grazia del presidente, il fare o no una domanda, la quale forse è di altissimo interesse per l'imputato.

Si disse or ora che la legge non determina quali te-

26 Giusta l'art. 282 del cod. bav. la testimonianza di colui, a danno del quale venne commesso il reato, è pienamente efficace quanto al fatto in genere, ma non quanto alla persona dell'autore. Espressa in termini così in generali, questa regola può essere troppo severa, come confidiamo di dimostrare più sotto.

27 A' termini dell'art. 286 la deposizione di *un* testimonio irrefragabile forma una *mezza* prova.

28 Code d'instr. crim., art. 71-86.

29 È notorio che in Francia l'esame dei testimonj è solitamente tutto una catena di domande suggestive.

30 Code, art. 319.

stimonj siano inabili; ma vieta poi di citare certe persone alle publiche assise in qualità di testimonj [31]; come del pari, sebbene non siavi una tassativa disposizione concernente i testimonj sospetti, pure implicitamente la legge fa conoscere che ha dei dubbj sopra certe altre persone, dacchè vuole che tutti i testimonj vengano interrogati sopra alcuni rapporti personali, i quali, secondo la legislazione tedesca, li renderebbero sospetti [32], e dacchè i giurati son richiamati a considerare certi altri punti, che influiscono sulla credibilità del testimonio [33].

La stessa cosa avviene nel processo penale inglese e scozzese; ma, come è noto, il sistema inglese si fonda sulla *common law*, la quale contiene un gran numero di regole relative alla prova testimoniale; e queste regole poi sono generalmente conosciute [34]; sicchè anche i giurati le hanno presenti e le osservano, come se fossero prescritte dalla legge. Nel processo scozzese è data facoltà all'accusato od al suo *consulente* di far eccezioni contro l'ammissibilità dei testimonj; ed è poi lasciato al criterio del giudice il ponderare qual valore esso debba attribuire alla deposizione loro; laonde si è veduto persino il caso, come risulta dalle esposizioni del diritto scozzese [35], che fossero ammessi a fare testimonianza fanciulli minori di quattordici anni [36], il che per altro non è di regola permesso. Siccome poi nel processo scozzese, come già si è notato, domina precipuamente il carattere inquisitorio, essendovi un Publico Ministero che agisce d'ufficio contro i colpevoli, così non si fa gran caso se il testimonio sia per avventura parente della parte offesa, ben sapendosi [37] che

31 Code, art. 322. Tra gli altri i congiunti dell'accusato, il conjuge e quei denunzianti a cui spetta una ricompensa od un pagamento. (Di questi ultimi ve n'ha anche secondo la legislazione austriaca. Tali sono quelli che denunziano una contravvenzione di giuoco vietato e in generale le guardie e gli agenti della publica forza ai quali compete un premio per le scoperte e denunzie di reati con arresto *motu proprio* di colpevoli giudicati tali. Ma la legge austr. non esclude poi la loro testimonianza, salvo al giudice di valutarla. Vedi avanti pag. 576, nota — A).

32 Code, art. 317. P. e., se il testimonio sia parente, e in qual grado, coll'accusato; se sia al suo servizio, ecc.

33 P. e., secondo l'art. 323, se il testimonio sia anche denunziante.

34 Vedi la mia memoria inserita nell'Arch. del dir. crim., vol. XIII, pag. 291.

35 Vedi principalmente Hume, *Comentaries on the law of Scotland respecting crimes* (Commenti della legge penale scozzese), vol. II (Ediz. 1819), pag. 328 e seg.

36 Hume, loc. cit., pag. 329.

37 Hume, loc. cit., pag. 333.

questa non agisce pel proprio personale interesse. Quanto poi ai testimonj che sono in parentela coll'accusato, si guarda anzi tutto se *vogliano* fare testimonianza [38], e si lascia perciò in loro arbitrio il deporre o no; soltanto la moglie (*) dell'accusato non può essere nemmeno citata come testimone [39]; a cagione dell'affetto e della intimità che la lega al marito; a meno che però ella non sia citata come testimone *necessaria* [40]. Un' altra opinione assai costante (e che in Scozia si spiega pel lungo dominio che vi ebbe il diritto romano) si è quella che un testimonio unico non possa mai fare prova piena, tranne se vi siano particolari circostanze che ne sorreggano la deposizione [41].

Nel processo inglese [42] si distingue se un testimonio non possa assolutamente essere ammesso (*incompetence of the Witnesses*), o se soltanto vi siano dei dubbj sulla sua credibilità (*credibility*). Il primo è argomento di diritto, e questa è la ragione per la quale la *common law* espone alcune regole sulla inammissibilità di alcuni testimonj, e per la quale, all' aprirsi del dibattimento, si decide anzi tutto se il testimonio proposto dall' accusatore possa essere ammesso; e solamente dopo che il giudice ha deciso questo punto, o che, in caso di dubbio, lo ha deciso il consiglio dei dodici (ora quindici), si può passare alla quistione di merito. È così che si spiega perchè nelle raccolte e gazzette di diritto inglese si trovino tante decisioni giudiziarie relative alla ammissibilità dei testimonj [43]. Il numero dei testimonj inabili assolutamente (inammissibili) diventa sempre più ristretto; ed anzi va prevalendo

38 Hume, loc. cit., pag. 555. (Si vedrà in seguito che questa facoltà rispetto ai parenti dell' accusato, è generalmente ammessa dalle legislazioni, e si esporranno non poche interessanti quistioni relative al § 115 del Reg. Austr. che tratta di questa esenzione — A).

(*) Così il testo (*Ehefrau*); ma verosimilmente ciò che vale per la moglie sarà ritenuto anche pel marito, e dovrebbe perciò sostituirsi la parola *conjuge*.

39 Hume, pag. 557. (Non si fa distinzione se debba deporre in favore o in aggravio. Sembra duro però che un imputato non possa invocare a sua difesa la deposizione del conjuge, per dimostrare, p. e., essersi egli, nella notte del fatto trovato, sotto il tetto conjugale; e che una moglie non possa concorrere così a salvare il marito da una ingiusta accusa — A).

40 P. e., nelle accuse di Bigamia.

41 Hume, pag. 569.

42 Phillips, *Treatise on the law of evidence* (Tratt. sulla legge della prova), vol. I, pag. 14. — Russel, *On crimes and misdemeanors* (Dei crim. e dei del.), vol. II, pag. 588.

43 Phillips, op. cit. I, p. 11. — Russel, op. cit., pag. 589.

l'opinione che i mezzi di prova, in generale, non devon essere diminuiti, salvo ai giurati di valutarne la fede. Quindi è che secondo il diritto inglese nemmeno i fanciulli sono dichiarati inabili a fare testimonianza; se non che si dee previamente esaminare se abbiano le cognizioni necessarie circa la importanza del giuramento, e però anche se abbiano giuste idee di Dio e della immortalità dell'anima; il che essendo, e apparendo sufficientemente sviluppata la intelligenza del fanciullo, viene ammesso a deporre ed eziandio a giurare [44].

Coloro poi che hanno commesso un crimine (*felonie*) sono dichiarati testimonj inabili [45], ma non anche quelli che furono puniti soltanto per delitti (*misdemeanors*) [46]. Anche i congiunti non sono assolutamente inabili [47]; e soltanto quanto alla moglie, a cagione della sua speciale situazione rispetto al marito a cui è sottomessa, vige la massima, che, tranne poche eccezioni [48], non possa essere chiamata a fare testimonianza *contro* il marito [49].

Quanto alla credibilità del testimonio, è un punto di fatto, abbandonato intieramente al criterio del giurì, e non v' ha nella legge inglese nessuna regola che diriga questo giudizio. Le opere che sono comparse intorno alla legge sulla prova presentano quasi unicamente dei casi pratici, nei quali i giurati hanno deciso di dare o non dar fede a taluni testimonj che noi avremmo annoverati come sospetti; e del resto contengono alcune regole dedotte dalla lunga pratica, per dirigere i giurati in questo argomento, p. e., per decidere della credibilità dei correi [50]. Questo giudizio riesce tanto più facile in Inghilterra per il modo con cui si procede nell'interrogatorio, poichè dopo l'esame principale (*examination in chief*) in cui il testimonio è interrogato dalla parte che lo ha prodotto, incomincia l'esame incrociato, nel quale il testimonio viene interro-

44 Starkie, *On evidence* (Della prova), vol. II, pag. 585. — Russel, op. cit., pag. 590. (Secondo il Reg. Austr., come si vedrà, i fanciulli sono ammessi a far testimonianza, ma in nessun caso, se hanno meno di 14 anni, potrebbero giurare — A).

45 Phillips, *Treatise* (Tratt.) vol. I, pag. 27.

46 Atti del Parlamento del 27 giugno 1828.

47 Phillips, op. cit., pag. 46.

48 Quando, p. e., la moglie stessa è la offesa.

49 Russel, op. cit. II, pag. 604. (E queste più precise determinazioni qui espresse quanto al diritto inglese, varranno probabilmente nel diritto scozzese, come notammo più sopra — A).

50 Phillips, op. cit., pag. 36.

gato dalla parte contraria, cioè da quella contro cui ha deposto. Egli è allora che le domande tendono generalmente a farlo cadere in contraddizione con sè medesimo, o a indebolire in qualunque modo la sua credibilità [51].

Aggiunta inedita.

Per conoscere lo stato attuale della legislazione circa la prova testimoniale bisogna distinguere:

I. Le legislazioni che conservano ancora la teoria legale delle prove, cercando però di migliorarla. Vi appartengono principalmente:

1.° Il Reg. di Proc. Pen. Austr. del 1853, il quale nel § 112 enumera più specie di testimonj che non è permesso assolutamente di sentir in esame, indi nel § 113 quelle persone che sono dispensate dall'obbligo di far testimonianza, e finalmente nel § 132 quelle che si possono bensì sentire, ma non far giurare. Nel § 269 poi si contengono le condizioni, verificandosi le quali il giudice è autorizzato a considerare come provante la deposizione testimoniale; ritenuto però che a' termini del § 260, anche concorrendo cotali condizioni, il giudice non è in obbligo di condannare l'accusato, qualora egli non abbia una piena convinzione della reità e conservi ancora dei dubbj. La legge Austriaca però non contiene prescrizioni concernenti i testimonj sospetti, e nemmeno sul modo di valutare il grado di prova dovuto ai testimonj, e in sostanza riconosce il libero criterio del giudice. Solamente, come rimasugli dell'antica teoria legale, contiene nei §§ 270 e 271 alcune determinazioni che concernono la valutazione della prova per mezzo della deposizione del danneggiato e dei correi. Ma di ciò nel capitolo XLI, dove anche verranno riferite le disposizioni di legge qui appena citate.

2.° Il Regol. di proc. pen. del cantone di Berna del 1850, il quale demanda ai giurati il giudizio sui crimini; ma quanto ai casi di giurisdizione correzionale, che sono demandati ai giudici permanenti, stabilisce una diffusa teoria di prove; in particolare poi, per rispetto alla prova testimoniale (§§ 350-354), stabilisce che a formar piena prova si esigono due testimonj irrefragabili. Nel § 352 sono indicati i testimonj sospetti, indi nel § 353 quelli sospetti sol-

51 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, § 63.

tanto per la prova in aggravio, e nel § 354 quelli sospetti per la prova a favore; tuttavia non contiene altre regole concernenti la valutazione delle deposizioni testimoniali. Lo stesso sistema fu accolto anche nel cantone Ticino colla legge 8 dicembre 1856 al § 171, dove è dichiarato che due testimonj idonei e giurati fanno piena prova, quando la loro deposizione non sia contraddetta da quella di uno o due altri.

3.° Il Codice Criminale di Modena del 1855 contiene soltanto la seguente regola per la prova testimoniale: Art. 550: « La prova piena testimoniale si ha dalla deposizione di due testimonj maggiori d'ogni eccezione, i quali siansi trovati presenti all'esecuzione del delitto, e si rendano contesti sopra le circostanze sostanziali che lo riguardano ». È poi assai importante la disposizione dell'art. 551, del seguente tenore: « § 1. La qualità di forza publica non è circostanza per sè sola attenuante la fede dei testimonj. § 2: Non si avrà per eccezione rilevante contro il deposto delle guardie di Polizia la sola loro qualità, quando siano *più di tre*, e depongano sopra cose spettanti al loro ufficio, o di fatti accaduti entro il recinto delle carceri ». (*) L'art. 555 tratta della testimonianza dei correi, della quale si parlerà nel cap. XLI. Nel cod. di proced. penale è poi indicato quali testimonj non possono prestar giuramento e quali non sono in obbligo di deporre in giudizio.

II. Una classe speciale è formata dalle legislazioni inglese ed americana e da quelle che le hanno imitate. Noi abbiamo già più sopra difesi i principj su cui sono fondate; ma è d'uopo tenere conto anche di talune recenti riforme assai importanti. Vale ancora la massima dovere i giurati esaminare, secondo certe regole somministrate dalla pratica giurisprudenza, qual fede essi vogliano attri-

(*) A pag. 23 del presente volume l'Autore censurava la disposizione della legge annoverese che attribuisce forza di *più che semipiena prova* alla deposizione di un publico impiegato, perocchè, diceva, quella presunzione favorevole alle deposizioni dei publici impiegati, non riceve, pur troppo, dall'esperienza una molto buona conferma. Or ecco nella disposizione qui riferita del Cod. modenese una evidente applicazione di ciò che ha osservato l'Autore, poichè è implicitamente ammesso che le guardie hanno un interesse (o per speranza di promozioni, o per spirito di corpo, o per un mal inteso amor proprio) ad esagerare l'importanza del loro operato, o della patita opposizione, o del corso pericolo che rese necessario l'uso delle armi, e simili. Laonde la legge richiede la deposizione non già di due, ma di *più di tre* guardie. I pratici sapranno valutare l'importanza e bontà di questa disposizione, che il Regolamento austr. non conosce — A.

buire ad un testimonio; non essere in certi casi ammissibile la testimonianza (vedi avanti cap. XLIII); e in certi altri casi volersi per la condanna due testimonj (vedi cap. XLV). Ma è importante il cambiamento di recente sopravvenuto nelle idee, tanto in Inghilterra quanto in America, di non escludere, cioè, in prevenzione qualunque testimonio di testimonio (i così detti testimonj di *sentito dire*), per non correr rischio di privarsi dei mezzi acconci ad iscoprire la verità; ben inteso però che, come in tutti gli altri casi, così anche in questi, debba essere rimesso ai giurati il decidere, avuto riguardo alle speciali circostanze, qual fede si possa darvi (*a*). Una legge del 1843 (Victoria cap. 85) denominata *Atto di Denman* ha stabilito il principio che nè l'interesse proprio di un testimonio, nè la già subita condanna criminale, non lo rende incapace; e di qui le conseguenze relative alla testimonianza dei conjugi. Inoltre una legge del 12 agosto 1854 ha date più precise determinazioni relativamente alla facoltà del querelante di far domande nell'esame incrociato.

Una delle leggi più notevoli, per quanto riguarda la prova testimoniale, è il Regolamento di procedura penale di Malta del 1854, dove un capitolo apposito dall'art. § 538 all'art. 556, tratta della testimonianza. Vi si trovano riunite e codificate tanto le massime della legislazione e della pratica inglese, quanto le idee dominanti nella giurisprudenza italiana. La massima fondamentale è che nessuno è escluso dal fare testimonianza, nè per interesse proprio, nè per subite condanne; e infatti l'art. 538 dice: tutte le persone di sana mente le quali credono nella esistenza di Dio e sanno che egli premia i buoni e castiga i cattivi, sono ammissibili come testimonj. Gli art. 539 al 541 trattano della prestazione del giuramento; l'art. 546 contiene delle norme per giudicare della fede dovuta ai testimonj; gli art. 547 e 548 determinano i casi in cui sono necessarj due testimonj, e finalmente gli art. 549 al 555 fissano il modo in cui i testimonj devono essere sentiti in esame, e i casi in cui le loro deposizioni possono essere lette al dibattimento (*).

(*a*) Spiega assai bene questa idea Best, nel suo Trattato, pag. 187, e quanto all'America Wharton, *Criminal law of the United States* (Codice criminale degli Stati Uniti), 1855, pag. 299.

(*) Vedi un resoconto del Cod. di Malta nell'*Eco dei Trib.*, n.° 420-1 vol. V, pag. 105, e nella *Gazz. dei Trib.* di Milano 1854, n.° 74 — A.

III. In quelle legislazioni che sono comparse dopo il 1848 in Italia e in Germania, e nelle quali, ad imitazione della legge francese, si è abbracciato il sistema dell'intimo convincimento, e si è, di conseguenza, abolita qualsiasi teoria legale di prove, scomparvero necessariamente tutte le precedenti prescrizioni relative ai requisiti delle testimonianze ed alla loro efficacia. Ne venne, è vero, il grande vantaggio che i giudici ed i giurati siano più indipendenti nel loro giudizio; ma d'altra parte egli è a deplorarsi che i giudici si credano ora troppo soventi svincolati affatto da quelle regole cotanto ammirabili che pur rappresentavano la sapienza e la esperienza dei secoli, sicchè poi si lascino troppo facilmente illudere da impressioni superficiali. Codeste leggi, pertanto, si limitano a dire quali persone non possono ammettersi come testimonj, quali hanno il diritto di astenersi dal deporre, e quali non possono farsi giurare. Fu soltanto la legge prussiana del 1849 che dichiarò, negli art. 22 e 23, che rimangono ancora in vigore le disposizioni precedenti sulla prova testimoniale, il che poi produce l'inconveniente che si considerano in vigore ancora le limitazioni che si contenevano nella teoria legale antica, con grave danno della pratica (*a*).

CAPITOLO XL.

Dell'obbligo di far testimonianza.

Ogni cittadino è obbligato a concorrere al conseguimento dello scopo sociale; e siccome l'investigazione e punizione dei reati è necessaria a ricomporre l'ordine e la sicurezza, così è necessario del pari che l'obbligo di fare testimonianza, quando lo Stato lo richiede, sia riconosciuto come un debito di cittadino [1], poichè senza la testimonianza di coloro i quali soli sono in grado di fornire la prova dei reati commessi, si verrebbe a proclamare la impunità dei colpevoli. Con ciò si giustifica come coloro che o non vogliono testificare affatto, o vi si rifiutano rispetto ad alcuni punti, o non vorrebbero prestare giuramento, possano esservi costretti 2. Nè l'asser-

(*a*) Archivio del Dir. pen. prussiano, vol. V, pag. 311.

1 *Proc. pen. ted.*, § 65.

2 Leg. 16 Cod. *De testibus*. « Constitutio jubet unumquemque cogi testimonium perhibere de his quæ novit cum sacramenti præstatione, vel

zione del testimonio che dal fare testimonianza gli abbia a derivare un danno, nè la promessa data a taluno di tener il segreto, nè finalmente il pretesto che le sue idee religiose e morali non gli concedano di prestare il giuramento, non lo possono punto esonerare da quest'obbligo di cittadino [5], poichè è di nessuno effetto qualsiasi patto che si opponga ai doveri civili, e i riguardi individuali non valgono a dispensarne, perchè sono preesistenti. Ciò non pertanto lo Stato, quando reclama l'adempimento di codesti doveri, che diremo sociali, può anche ponderare se per avventura la legge positiva non fosse venuta in collisione colla legge naturale, o con qualche altro dovere sociale, la cui violazione recherebbe pregiudizio. Ora tutte le volte che la disposizione della legge positiva si scosta dal voto della legge naturale, lo Stato può ben aspettarsi che la sua legge non verrà obbedita. La qual cosa si fa manifesta, p. e., circa l'obbligo dei prossimi parenti di far testimonianza; poichè se la legge lo pretendesse anche da loro, dovrebbe necessariamente temere che, nella collisione di opposti doveri, il testimonio desse ascolto piuttosto alla voce prevalente della natura che lo consiglia a deporre contro verità in favore del suo parente. Che più? persino un uomo giustissimo potrebbe considerar troppo duro quest'obbligo di fare testimonianza contro i parenti, e potrebbe pensare, a ragione, che i suoi concittadini istessi lo disapproverebbero se egli andasse contro alla legge di natura; nè la deposizione fatta in *favore* dell'accusato lo pregiudicherebbe gran fatto nella publica estimazione, poichè ognuno vedrebbe che egli vi fu indotto dall'affetto di congiunto.

jurare se nihil compertum habere ». Nov. 90, cap. V, *de test.* (Il § 119 Reg. austr. di proc. pen. dispone: « Rifiutandosi un testimonio di fare la deposizione cui è obbligato, il giudice inquirente ve lo può compulsare con una congrua multa od arresto ». E il § 155: « Alle persone che ricusano di prestare il giuramento (qualora non ne siano dispensati, come sono i parenti (§ 115), si farà una ammonizione, alla quale il giudice può far intervenire un sacerdote in cura d'anime della confessione del testimone; e se questa riesce inutile, si potrà loro infliggere una congrua multa o pena d'arresto ». Nulla aggiunge la legge pel caso che il testimonio persista ciò nondimeno nella sua disobbedienza; † ed è quistione assai grave se possa nuovamente esser punito come recidivo. La corte di cassazione del Belgio decise di no (21 gennajo 1856) perchè si tratta, disse, del medesimo fatto, ossia di una continuata disobbedienza, e non di un nuovo reato, sicchè ne verrebbe leso il principio *non bis in idem.* Vedi quella decisione con osservazioni nell'*Eco dei Trib.*, sez. 1.ª, n.º 742, pag. 190 †.

5 Bourguignon, *Jurisprudence* II, pag. 21, 23.

Or per riguardo alla testimonianza dei prossimi parenti v'hanno due diversi sistemi: l'uno parte da un principio generale d'ordine publicò e non ammette eccezione di sorta, epperò esclude assolutamente la testimonianza dei parenti, quand'anche volessero essere sentiti [4]; l'altro ha di mira piuttosto di evitare al parente il dispiacere di dover deporre come testimonio, e per conseguenza lascia in suo arbitrio se voglia testificare o no [5]. Di tal guisa nessuno potrebbe lagnarsi d'esservi stato costretto; ma quando poi vi si fosse spontaneamente assoggettato, avrebbe l'obbligo di deporre il vero senza reticenze o riguardi, e di prestare giuramento. Ad ogni modo e nell'uno e nell'altro sistema, questa dispensa dall'obbligo di fare testimonianza non vale che per i parenti più prossimi [6], i quali si trovano in intimo rapporto coll'imputato, perocchè soltanto allora il costringere a fare testimonianza verrebbe propriamente a spezzare quello stretto legame che la natura ha posto. Questi parenti più prossimi sono gli ascendenti, i discendenti, i fratelli e le sorelle coi loro figli, e gli affini in primo grado [7], e inoltre, per le stesse ragioni, i conjugi [8]. Nè potrà ammettersi mai, e tanto meno giustificarsi, una eccezione qualunque, nemmeno per il pretesto che altrimenti non si sapesse come iscoprire il vero [9], perchè dipenderebbe poi sempre dall'arbitrio il decidere se nel caso concreto s'abbia da fare codesta eccezione, e d'altra parte non cessano per questo d'aver forza quegli

4 Tale è il sistema francese. *Code d'instr.*, art. 322.

5 Tale è il sistema delle legislazioni tedesche, p. e., dell'austriaca (Cod. 1803, § 377 e Reg. 1853, § 115, che si riferirà più innanzi), della prussiana, § 511, e della bavarese, art. 211. (Di questi due sistemi ci par preferibile quello seguito dalla legislazione austriaca e da altre di Germania e d'Italia, poichè la deposizione del congiunto potrebbe giovare alla verità fors'anche in di lui favore, la qual cosa non può essere nota che allo stesso congiunto che dee fare testimonianza. Egli dunque può sapere se la sua deposizione abbia da giovare o da nuocere, o nel primo caso non v'ha dubbio che preferirà di deporre. Sarebbe cosa pertanto soverchiamente dura l'escludere la sua testimonianza anche in quei casi in cui egli stesso volesse prestarla spontaneamente, poichè spesse volte si verrebbe a privare l'accusato dell'unico mezzo di giustificazione che ancor gli rimane, la deposizione de'suoi famigliari — A).

6 Leg. 4 e 5 Dig. *De testibus* (XXII, 5). — Glück, *Comment.* XXII, pag. 182; — Tittmann, *Handb.* (man.). P.e 3.a, pag. 395.

7 Leg. 4 ora citata. Staecken, *De fratre contra fratrem teste*, Erford 1756. (Nel cap. XLII esporremo le disposizioni della legge austriaca — A).

8 *Prpc. pen. ted.*, § 63.

9 Così il Diritto Romano.

stessi motivi che stanno contro la testimonianza de' congiunti.

†. Le nuove legislazioni poi si attengono su questo argomento a principj diversi:

1.° Il sistema vigente in Inghilterra ed a Malta (*a*), non dispensa i parenti dall' obbligo di far testimonianza; ma poi, quanto ai conjugi, considera la reciproca loro confidenza come un sì forte motivo di dispensa, che la legge si assume di proteggere essa medesima la incolumità del segreto da cui dipende la domestica pace; epperò (così una legge del 1854) proibisce in modo assoluto di sentire come testimonio un conjuge, sia a favore, sia contra dell'altro, tranne nei reati commessi contro lo stesso conjuge che si dee sentir in esame, o contro i suoi prossimi parenti. Il Codice di Malta finalmente dà al Tribunale la facoltà di dispensare, secondo le circostanze, i parenti di primo grado, se si rifiutano di deporre.

2.° Il sistema francese (Code art. 322) vieta di sentire i parenti prossimi ed i conjugi nel dibattimento; ma concede ché siano sentiti nell'istruzione scritta (art. 33, 156); ed anzi siccome l'art. 322 dice che se fossero sentiti anche al dibattimento, non ne verrebbe nullità, purchè al loro esame non avessero fatta opposizione il procuratore imperiale, la parte civile, o l'accusato, ne deriva che si sogliono citare anch'essi (*b*), e solo si dubita se, in caso di contumacia, possa infliggersi loro una pena (*c*). Come testimonj poi di mera informazione (*pour renseignements*) il Presidente li può sempre citare.

3.° Il sistema tedesco dispone invece che i parenti ed i conjugi possono servire come testimonj, ma non esservi costretti, epperò il giudice li deve diffidare del diritto che hanno di astenersi dal deporre, ma se non se ne astengono li dee poi far giurare, e le loro deposizioni ponno meritar piena fede. In tal modo sembrano conciliati i due interessi personale e sociale. (Così il Reg. austr. al § 115; ed anzi al § 153 concede ai parenti, benchè vogliano deporre, il diritto di non giurare; così il Reg. d'Oldenb., § 107 e il Badese § 149). Si dubita se i parenti, che nell'inqui-

(*a*) Best, pag. 695, Cod. di Malta, art. 542.
(*b*) Morin, Repert., vol. II, pag. 751. — Helie, Instr. crim., vol. V, pag. 556. — Trebutien. Droit. crim., vol. II, pag. 244.
(*c*) Helie, pag. 559.

sizione scritta hanno preferito di deporre, possano poi rifiutarvisi al dibattimento; e la pratica sta per l'affermativa (*) †.

L'accennata collisione di doveri si fa sentire ancor più allorquando un testimonio avrebbe l'obbligo, per suo ministero, di tener segreto ciò che, come un testimonio, dovrebbe invece palesare. S'intende però da sè che questo vale unicamente per quelle persone, rispetto alle quali l'obbligo del segreto è riconosciuto dalla legge positiva. Non sarebbe adunque una eccezione quella di chi spontaneamente avesse p. e. promesso al reo di tener segreta la cosa, poichè simili patti valgono soltanto nel processo civile. Così pure quando la legge dichiara che certe persone non possono palesare ad altri i segreti loro confidati per ragione del loro ufficio, s'intende ad altre persone *private;* epperò non si potrebbe punto sostenere che, p. e., i medici, se sono citati come testimonj in un processo penale, abbiano il diritto di tener occulto ciò che hanno risaputo dall'ammalato, poichè siffatta dispensa dal fare testimonianza non è espressa da nessuna legge (*vedi più innanzi l'aggiunta inedita a questo capitolo*), e ben vale di più l'interesse publico di scoprire la verità, dopo che fu commesso un reato [10].

(*) Così per l'appunto dispone il Reg. austr., § 259; e in questo caso, se le loro deposizioni erano giurate, se ne può dar lettura (241). La quistione più grave è qual valore abbia, nel calcolo della prova, questa lettura. In una decis. 26 agosto 1856, n.° 8555 (*Eco dei Trib.*, n.° 781) la Corte suprema escluse dal calcolo della prova la deposizione di due parenti, che avevano anche giurato nel processo scritto, e si rifiutarono di ripetere la loro deposizione al dibattimento. La massima però non va accolta in modo così assoluto. Si distingua: se nel processo scritto il parente *fu diffidato*, e nondimeno volle deporre, allora, se al dibattimento non vuol ripetere la sua deposizione, questa può essere letta, perchè il § 269, lett. *g*, dice che la deposizione del testimonio, perchè faccia prova, dev'essere fatta o confermata al dibattimento, *o letta* nei casi in cui ciò è ammesso dai §§ 259 e 241, il qual ultimo § 241 dichiara appunto che il presidente può far leggere i protocolli d'esame delle persone indicate nel § 113 (i parenti) che si rifiutano di ripetere le loro deposizioni fatte e confermate con giuramento nell'inquisizione. Se invece nel processo scritto il parente *non fu diffidato* (ò perchè sospetto allora egli medesimo, o perchè non sapevasi che l'imputato fosse suo parente), e fu perciò sentito come testimonio, in tal caso, ove al dibattimento si rifiuti di deporre la sua precedente deposizione, questa si ha per non fatta e non può nemmeno essere letta, per divieto implicitamente contenuto nell'ultimo periodo del § 113, dove è detto che non hanno efficacia legale le deposizioni dei parenti, che non erano stati avvertiti del diritto di non deporre — A.

10 Spangenberg nella Gazz. di Linde, vol. III, pag. 78. (E il Codice pen. austr. al § 498 dispone: « Un medico o chirurgo, un ostetrico od una levatrice, che palesano i segreti di una persona affidata alla loro cura, *ad altri fuorchè all'autorità che gli interpelli d'ufficio*, sono puniti, ecc. ». Lo stesso dispongono altri codici penali — A).

All'incontro è giusto dispensare dall'obbligo di fare testimonianza:

1.° Gli avvocati e specialmente i difensori, quando dovrebbero deporre sopra cose che furono loro confidate dai clienti, relativamente alla difesa che essi ne hanno assunta [11].

2.° Gli impiegati dello Stato, rispetto alle cose su cui hanno obbligo del segreto d'ufficio, quando la loro superiorità non acconsente che facciano testimonianza [12].

3.° I sacerdoti, rispetto a ciò che fu loro confidato nella confessione sotto suggello di segreto [13]. Questo è pei cattolici un dovere imposto dalla stessa legge ecclesiastica [14], la quale impone al confessore di tener segreto col massimo scrupolo le cose sapute nella confessione; laonde se

11 Leg. bavarese 24 gennajo 1819, negli Annali di Göuner, vol. I, pag. 97 (*).

(*) Così anche il Reg. austr. di proc. pen. 1853 al § 115 lett. *b* dice che sono dispensati dall'obbligo di fare testimonianza in un processo penale, *i difensori, rispetto a ciò che a loro come tali confidò l' imputato.* Si disputò se siano dispensati anche quei legali che hanno dato consiglio o preso ingerenza nell'affare, sia nell'inquisizione preliminare, sia prima; e l'Appello Veneto con sua decis. 4 maggio 1858 decise di no, conformandosi così all'opinione del chiarissimo Procuratore superiore di Innspruck D.r Hasslwanter il quale in un suo ottimo lavoro sul diritto di esimersi dal fare testimonianza, interpreta rigorosamente la voce *difensore* come quella che allude, secondo lui, al solo difensore nello stadio d'accusa. Noi vorremmo per lo meno estendere il diritto dell'esenzione a quel giurisperito che, giusta il § 205, l'accusato può scegliersi *per suo difensore* nello stendere il *ricorso* contro il conchiuso d'accusa, quantunque poi non fosse in seguito il suo difensore al dibattimento; ma facciam voti perchè domini una interpretazione ancor più larga, come con molta erudizione e con molto senno propose la Redaz. dell'*Eco dei Trib.* nelle sue osservazioni alla citata decisione dell'Appello Veneto (*Eco*, sezione I.a, n.° 830). Noi pensiamo del pari che questo diritto di esenzione del difensore duri per sempre, e cioè anche dopo che il suo cliente fu condannato ed ha persino espiata la pena, e sebbene si trattasse di deporre in un processo che riguarda un terzo; poichè le cose sapute dal proprio cliente come segreto, potrebbero recare eventualmente, se fossero palesate, un pregiudizio a lui. Vedi in questo senso una decisione della Corte suprema di Prussia, 17 marzo 1855, nell'*Eco dei Tribunali*, n.° 659 — A.

12 Cod. pruss., § 515, Cod. bav., art. 204.

13 Andres nel nuovo Arch. del Dir. crim., vol. I, n.° 25, vol. II, n.° 6, — Müller, *Kirchenrechtl. Erörter.* (Studi di dir. eccles. con speciale riguardo al ducato di Weimar) 1825, n.° 2. — Droste-Helsnor *Rechtsphilos. Abhandl.* (Memorie di dir. filosof.). Bonn 1824, n.° 2. — Uemlein, *De sigillo confessionis*, Heidelberg 1828. — Breiger, *Ueber das Beichtsiegel und das Recht der Obrigkeit* (Del segreto della confessione e del diritto dell'Autorità). Annover 1827. — *Proc. pen. ted.*, § 65.

14 Cap. 2. Dist. 6, *De Pœnit.* — Cap. 2, 15, X. *De excessibus prælator.* — Cap. 2, X. *De offic. judic. ordinar.* — Cap. 12, X, *De pœnit.*

la legge civile lo obbligasse a deporre come testimonio, lo metterebbe nella necessità di violare il segreto, ossia di commettere un delitto ecclesiastico [15]. E quel che è peggio ne verrebbe pregiudizio alla forza morale e religiosa del sacramento della confessione, in quanto che molti peccatori s'inducono a palesare con animo tranquillo le loro colpe al confessore, sol perchè sanno che egli è obbligato a mantenere il più rigoroso segreto, e che nessuno potrà mai costringerlo a dire ciò che ha saputo. Al principio non potere il confessore essere astretto a fare testimonianza, non può farsi nessuna eccezione [16], poichè non se ne saprebbe trovare una ragione sì forte, che nell'applicazione non fosse alla per fine dettata dall'arbitrio del Giudice, con gran pericolo di pregiudicare alla instituzione medesima del sacramento della penitenza. Facciasi, a modo di esempio, una eccezione pel caso in cui si tratti di reato che pone in pericolo la sicurezza dello Stato. Rimarrà sempre arbitrario il determinare in quali casi sussista veramente il timore di questo pericolo. Oppure si faccia eccezione pel caso in cui un innocente corre rischio d'esser creduto colpevole; e l'inquirente, ogni volta che farà arrestare qualcuno e potrà supporre che questi od altri siasi confessato al sacerdote, chiamerà quest'ultimo sperando di venir più presto a conoscere se l'incolpato abbia veramente commesso il delitto.

Nella religione protestante, a differenza del cattolicismo, non v'ha sacramento della penitenza [17], e per conseguenza non v'è positivamente comandato il suggello del segreto. Fu pertanto dubitato se il ministro protestante sia o no dispensato dall'obbligo di fare testimonianza; ma ove si pensi che anche il protestante allorchè scopre al sacro ministro ciò che gli pesa sulla coscienza e ne invoca gli spirituali conforti, si determina unicamente per la fiducia che il ministro conserverà il segreto su quello ch'egli palesa, è ovvio pensare che anche tra i prote-

15 Anche le odierne legislazioni ammettono la dispensa del confessore dall'obbligo di far testimonianza. Ordin. crim. pruss., § 315. Cod. bav., § 204. Quanto alla Francia e all'Inghilterra, vedi la mia *Proc. pen. ted.*, § 65, nota 25. Del resto vedi l'aggiunta al presente capitolo.

16 Vedi la mia dissertazione nell'Arch. del Dir. crim., vol. VIII, pag. 543. — Falk nella gazz. giurid. di Elver 1829, n.° 58. — Lippert, *Annalen des kirckenrechts.* (Annali di dir. eccles.), fasc. I, pag. 56.

17 Carpzov, *Jurisprud. Eccles.*, lib. III, *De fin.* 25, n.° 8.

stanti si riconosce un *suggello di confessione*, se non per legge, almeno per natura [18]. E lo Stato, il quale dee desiderare che al pio credente non sia tolta la consolazione ch'egli domanda dal sacerdote, non può reputarsi in diritto di costringere quest'ultimo a violare un segreto che fu di certo la sola condizione, per la quale il peccatore si decise ad aprirgli il suo cuore.

Aggiunta inedita.

La dispensa dei sacerdoti dall'obbligo di far testimonianza è ora generalmente ammessa, perocchè, come dice il codice di Malta all'art. 551, niuno può far testimonio, se è per legge obbligato a conservar il segreto sopra quelle cose sulle quali dovrebbe deporre. Quanto all'Inghilterra vedi Best pag. 690-694, e il supplemento a pag. 28. Quanto all'America Greenleaf, *Treatise* (Tratt.) vol. 1, pag. 503, 524; quanto finalmente alla Francia, oltre gli autori citati nella mia *Proc. pen. ted.* vol. I, pag. 440, vedi anche Trebutien, vol. II, pag. 241. In tutte le leggi tedesche è ammesso il principio che i sacerdoti non sono tenuti a fare testimonianza; se non che, considerandole attentamente, si scorgono due sistemi differenti; talune non permettono nemmeno che siano sentiti in nessun caso; e così il Reg. Aust. al § 112 dispone: « *Non possono mai* esaminarsi come testimonj, sotto comminatoria d'inefficacia legale della loro deposizione, i sacerdoti, riguardo a ciò che fu loro confidato nella confessione, od altrimenti sotto il suggello del segreto del loro ministero spirituale »; altre invece, p. e., quella d'Annover § 88, e d'Oldenburgo § 107, danno soltanto *facoltà* al sacerdote di astenersi dal deporre, cosicchè può rinunziare a questo suo diritto; ed altre finalmente, p. e. quella di Sassonia § 213, permettono che il sacerdote faccia testimonianza, allorquando colui a favor del quale dovrebbe tener il segreto, accorda il suo consenso; ma esigono poi che il sacerdote confermi col suo giuramento di non aver conoscenza alcuna della cosa di cui lo si domanda se non per mezzo della confessione. A questo proposito convien notare altresì che è troppo stretta la frase: essere dispensato il sacerdote dal far testimonianza di ciò che ha saputo *nella confessione;* è più giusta l'al-

18 Gluck, *Comment.* XXII, pag. 171.

tra, ora adottata dalle leggi recenti: essere dispensato dal far testimonianza di ciò che gli fu confidato a cagione del segreto a cui è tenuto per suo ministero (*).

Molto disputata è la quistione, se i medici siano anch'essi dispensati dall'obbligo di far testimonianza sulle cose loro confidate dagli ammalati durante la cura. Le nuove leggi tedesche, e quella del Belgio, non accordano siffatta dispensa, poichè se ne potrebbe fare soverchio abuso, e la giustizia verrebbe facilmente defraudata di molte importanti notizie; ma la scienza (*a*) propende con maggior ragione alla massima sancita colla decisione 26 luglio 1845 dalla Corte di Cassazione francese (*b*), essere dispensato il medico dal deporre in giudizio quando possa giurare d'aver sapute le cose di cui lo si domanda soltanto sotto condizione del segreto del suo ministero; perocchè quest'opinione corrisponde meglio all'interesse dell'ammalato ed all'onore del medico. Il codice di Zurigo (art. 108) ammette espressamente una tale dispensa (**).

(*) La legge austriaca, come or ora si è veduto, adoperò ambedue le locuzioni, e con ciò servì a due scopi: il primo, di comprendere nella disposizione della legge tanto i sacerdoti cattolici quanto i protestanti; il secondo, di provvedere anche ai casi in cui il sacerdote abbia ricevute confidenze relative al reato, non veramente nell'amministrare il sacramento della confessione, ma però sotto promessa di segreto per suo ministero spirituale. Se la legge non avesse dato questa estensione al divieto di sentir in esame i sacerdoti, si sarebbe recato nocumento a quell'intima confidenza che dev'essere riposta in loro e che può essere la spinta a ricondurre un reo al pentimento e a vita migliore. Avviene soventi volte che uno si presenti ad un sacerdote e gli consegni danari o robe da far restituire a un derubato o danneggiato colla condizione che non palesi il datore. Se il sacerdote dovesse palesarlo in giudizio, solo perchè quella confidenza non gli fu fatta *nella confessione*, la legge verrebbe ad impedire anche quelle restituzioni, che se non altro, palesano una buona disposizione a correggersi, e sono una parte di ciò che il colpevole è in dovere di fare — A.

(*a*) V. la mia dissertazione nella Gerichtssaal 1854, vol. II, pag. 243, Jaeger, *De vinculo juris inter medicum et aegrot*, pag. 26.

(*b*) Morin, *Journal de droit crim.* 1845, pag. 209.

(**) Come già si vide più sopra a pag. 582, nota 10, il Cod. Austr. nel § 498 ha detto espressamente che i medici, chirurghi e levatrici non sono dispensati dal palesare *al giudice* i segreti dei loro clienti. Difficilmente poi si potrebbe sostenere che il segreto possa essere richiesto da qualche ragione veramente importante, giacchè una tal ragione non dovrebbe al certo ricercarsi altrove che in un vantaggio che ne fosse per derivare alla cura medica. Ora è assai raro il caso che il medico, e tanto meno poi il chirurgo e la levatrice, abbiano d'uopo della cognizione dei segreti dell'ammalato per potersi regolare nella cura. Così se una fanciulla incinta palesasse alla levatrice d'aver avuto spontaneo commercio col proprio padre, non si saprebbe trovar una ragione per la quale la levatrice dovesse credere necessario alla sua cura il mantener segreta

CAPITOLO XLI.

Credibilità dei testimonj. — Gradi di essa. Testimonj inabili.

La ragione di credere ad un testimonio sta nella presunzione, che egli abbia *potuto* percepire la verità ed abbia *voluto* manifestarla. Nei casi occorrenti, adunque, ciò che bisogna indagare si è, se codesta presunzione riceva conferma o piuttosto sia indebolita; epperò è dovere del giudice di pesare accuratamente, in ogni singolo caso, le qualità personali del testimonio, confrontandole col suo contegno in giudizio e col tenore della sua deposizione, per decidere, conforme a ciò, quanta fede egli meriti. La legge, però, può anche prestabilire in genere quale influenza hanno talune qualità personali dei testimonj sulla loro credibilità, e può conseguentemente (se vuol prescrivere ai giudici una teoria di prova) considerare tanto sospette certe qualità, secondo l'importanza loro sugli ordinarj rapporti della vita, da non arrischiarsi a lasciar proferire una sentenza di condanna sulla deposizione di testimonj siffatti, e da indursi anzi a dichiararli assolutamente inamissibili nel calcolo della prova. Resa così inefficace la loro deposizione in un giudizio di condanna, se il giudice li sente in esame, lo fa soltanto per avere informazioni [1] o tracce, che lo guidino alla lor volta a trovare altre prove, od a riconoscere i caratteri distintivi del fatto.

Sono però di assai diversa natura i testimonj che si dicono *sospetti* [2]; quelli, cioè, dei quali *si sospetta* che non possano o non vogliano dire la verità, sicchè la legge determina che sulla loro deposizione, quando non sia corroborata da speciali argomenti, non si possa proferire una sentenza

al giudice una tanta turpitudine, anzi un sì nefando reato. Da queste viste discende anzi la disposizione della legge che impone ai medici, chirurghi e levatrici (ed anche agli speziali e visitatori di morti) di denunziare ogni caso di malattia, di ferimento, di parto o di morte, in cui sorga il sospetto di un commesso reato (Cod. pen. austr., § 359, e così altri codici — A).

1 Pfister, *Criminalfälle* (Casi di dir. crim.), vol. 5, pag. 45. — Tittmann, *Handb.* (Man.), vol. III, pag. 590. Dir. crim. pruss., pag. 557. Cod. bav., art. 85. *Proc. pen. ted.*, § 162.

2 Tittmann, op. cit., vol. III, § 855.

di condanna. Questo sospetto si fonda unicamente sopra una possibilità *astratta;* per valutar la quale *in concreto,* si vogliono altri elementi, che, debitamente ponderati, fan decidere se *quel* testimonio, in *quel* caso, offra veramente un fondato motivo di temere che, ove fosse sentito, non direbbe la verità.

Già si è accennato quanto a torto qualche legislazione abbia esteso soverchiamente il numero dei testimonj sospetti, poichè di tal maniera si è privata dei mezzi di scoprire il vero; e d'altra parte è una mera *possibilità* ipotetica, quella ch'essi non vogliano essere veritieri, e questa possibilità potrebb' essere distrutta da dati contrarj del caso concreto. Così pure abbiam già detto non potersi da qualche passo del diritto romano, che esclude alcuni testimonj, dedurre che ancora oggidì quei testimonj medesimi siano da dirsi inabili; poichè da un lato non sarebbe senza pericolo applicare al processo inquisitorio le disposizioni del processo accusatorio puro (*vedi sopra,* cap. XXXIX); e dall'altro il diritto romano non faceva differenza alcuna tra testimonj inabili e testimonj sospetti, e dichiarava, p. e., assolutamente inabili alcuni che noi adesso collocheremmo tra quelli sospetti. Per di più poi in Roma (per quanto si fa palese da parecchi frammenti di leggi) non v'era una legge generale di procedura criminale, e codeste disposizioni concernenti l'inammissibilità di qualche testimonio, si trovavano solamente in qualche legge speciale che regolava il modo di procedere dinanzi ad una di quelle *quæstiones* (*) che erano competenti per determinati misfatti; quindi è che anche le disposizioni anzidette non potevano riferirsi a qualunque procedura in genere.

† Egli è facile a comprendersi come sotto l'impero di una teoria legale di prove già formulata nelle leggi od ammessa nella pratica, o per mala intelligenza di quei passi staccati del diritto romano e canonico (*a*) o per voler ovviare al pericolo di ingiuste condanne, siano state emanate prescrizioni precise ed assolute allo scopo di vincolare l'arbitrio del giudice; e come a tal uopo siansi enumerate le specie di testimonj da considerarsi inabili e non provanti. Il legislatore infatti, ponderate le condizioni particolari nelle quali si trovano questi testimonj, ha dovuto

(*) Vedi la nota * a pag. 10 del presente volume — A.

(*a*) La teoria dei testimonj inabili e dei sospetti si trova ampiamente sviluppata da Brugnoli, op. cit., § 276 e segg.

presumere che non possano percepire la verità o non vogliano palesarla. Ma oltre a ciò il legislatore volle anche indicar le persone che non sono bensì assolutamente testimonj inabili, ma che si devono considerare come dubbie per le loro qualità personali. Dominando, come dissimo, una teoria di prove, e non dovendo il giudice (decidente) nè vedere nè sentire i testimonj, potevano bastare queste regole generali. Ma è già molto tempo che si dovettero sentire gli inconvenienti di un sistema di questo genere; il quale veniva a privare la società di molte prove importanti e ad impedire la condanna di molti colpevoli. Era d'altra parte cosa ingiusta che da una mera ipotesi s'avesse a dedurre come conseguenza generale che *tutte* le persone collocate nelle medesime circostanze non avessero l'intenzione di dire la verità. Era perfino un contradire a ciò che succede nella vita comune; poichè ben si sa che i cittadini non hanno difficoltà a stipular affari con persone che la legge dichiara testimonj inabili, e ad assumerle ben anche come testimonj negli affari loro proprj. Di qui apparisce il vantaggio che si è ottenuto coll'abolire quella teoria legale di prove, essendo scomparsi tutti quei vincoli che inceppavano il criterio del giudice. Solo è da deplorarsi che le nuove leggi conservino ancor troppi avanzi delle vecchie idee, mentre che dovrebbero riconoscere la prevalenza del sistema inglese, che ammette la maggior parte dei testimonj sin qui creduti inabili, e lascia poi ai giurati il decidere, dopo ponderate le loro qualità personali e dopo sentiti nell'esame incrociato, qual fede vogliano loro attribuire, guidati in ciò da certi criterj che sono suggeriti dall'esperienza.

A voler compendiare in poche massime la teoria antica relativa ai testimonj inabili, si potrebbero ridurre alle seguenti: †

I. Un testimonio è inabile quando si possa con fondamento argomentare che egli, per mancanza delle qualità necessarie onde osservare le cose, non abbia potuto percepire la verità.

II. Oppure quando è sommamente verosimile che egli, per i suoi rapporti nella causa in cui figura come parte, non voglia dire il vero.

III. Oppure finalmente quando la capacità di fare testimonianza gli è stata tolta per pena.

Appartengono alla prima categoria:

1.° *I fanciulli* [3]. Per quanto si voglia apprezzare la schiettezza colla quale i fanciulli palesano ciò che sanno senza preoccuparsi delle conseguenze [4], pure una legislazione dee aver presente e la loro naturale leggerezza, e l'incapacità d'osservare le cose, e l'abitudine di considerar tutto superficialmente e di accontentarsi delle prime fuggevoli impressioni, e perfino di frammischiare al vero anche le immagini della loro giovanile fantasia; dal che tutto dev'essere indotta a dichiarare testimonj inabili i fanciulli. Tale è per lo meno l'opinione dominante nel diritto comune [5] e nelle legislazioni germaniche [6]. Quelle invece che ammettono il giurì son partite dal principio che le differenze dei casi sono infinite, e che frequentemente si tratta di reati dove la deposizione dei fanciulli è necessaria (quando, p. e., ne furon essi medesimi l'oggetto [7]); epperò la legge inglese ammette come testimonj anche i fanciulli [8], salvo al giurì il valutare quanto debba credere alla loro deposizione. La legge francese del pari li ammette, ma se hanno meno di 15 anni non concede che siano sottoposti a giuramento e devon essere sentiti *par forme de declaration* [9]. — Non si creda però che in Germania, perchè i fanciulli sono detti incapaci a far testimonianza, lo siano anche tutti gli impuberi. Certamente la legge non si affida ad ammetterli al giuramento, perchè la maggior parte non hanno quella matura intelligenza che si richiede a comprendere giustamente l'importanza di questo atto solenne e le conseguenze di una falsa deposizione; laonde la regola generale si è che un testimonio che non ha l'età necessaria a poter prestare giuramento non è nemmeno un testimonio idoneo. Ma questa età a qual punto fissarla? Su di ciò son molto diverse le opinioni; il diritto comune tedesco stabilì il 14° anni, ma le leggi poi dei singoli Stati [10] stabi-

3 Quistorp, *Grunds.* (Princ. fondam.), § 695. — Tittmann. Man. III, pag. 516.

4 Soden, *Geits der peinlichen Gesetzgeb.* Spirito (della legislaz. pen.), P.e II, § 602.

5 Leg. 3, § 5, Dig. *De testibus*, (XXII, 5), riferita a pag. 11, nota 11 del presente volume. Leg. 19, § 1, eod. tit. « Nec pupillis testimonium denunciari potest ». — Glück, *Comment.* XXII, pag. 143.

6 Cod. bav., art. 278.

7 Se, p. e., un maestro cerca di sedurre alla libidine i suoi discepoli impuberi.

(8) Vedi indietro il cap. XXXIX, nota 44.

(9) Code, art. 79.

(10) Anche secondo il Cod. austr. 1805, § 384, e il nuovo Regolamento § 152, son necessarj soltanto 14 anni.

lirono il 16° od il 18.° Secondo noi sarebbe meglio farne una quistione di fatto: « se cioè il fanciullo sia o no maturo abbastanza per prestare giuramento »; e di certo la soluzione ne sarebbe assai diversa secondo i diversi individui. V'hanno di quelli che a 14 anni hanno un intelletto già sì maturo ed un sentimento religioso così sviluppato, che è giusto aspettarsi da loro una deposizione pienamente credibile. Per la qual cosa il legislatore ha torto di voler fissare in modo assoluto un dato anno, a cominciar dal quale il fanciullo diventi capace di far testimonianza. Siccome però è impossibile che il giudice, nel breve momento in cui si trova a contatto col fanciullo, sappia decidere con sicurezza se ed in quanto la sua intelligenza sia matura, è assai conveniente il far precedere una apposita indagine, cercando di sapere, p. e., dal sacerdote che riceve la sua confessione, o dai genitori o tutori, se si possa confidare nel suo discernimento in guisa da poterlo ammettere a giurare [11].

Quanto al diritto romano, par certo, anzi era detto espressamente, che i minori al disotto di 20 anni non potevano essere testimonj pienamente provanti nel processo penale, e pare che la C. C. C nell'art. 66 volesse appunto confermare questa massima [12]. Ma le opinioni dei giureconsulti romani, che si trovano in alcuni passi di legge non provano nulla. Il diritto canonico ammise che il giuramento si possa prestare anche prima dei 20 anni; e di fatto chi mai potrebbe dubitare che non sia fondata la presunzione che anche una persona di men che 20 anni sappia percepire il vero e possa volerlo manifestare? La C. C. C. poi all'art. 66 ommise le parole dell'art. 76 della Bamberghese, con che dimostrò di volerne sciogliere il giudice; perchè se si fosse voluto senz'altro adottar quella legge, si sarebbe dovuto dire ben anche che le donne non sono testimonj idonei, come quella legge dispone [13]. E d'altra parte questa medesima legge contiene altresì la disposizione che possono sentirsi come testimonj anche persone più giovani [14].

11 Il nuovo Reg. di proc. pen. di Baden (1845) dice al § 157: « *Quelle persone che non sono mature pel giuramento* ». Dunque si fa una indagine sulla maturità.

12 Confrontandolo coll'art. 76 della C. Bamberghese che dice non dovere i testimonj aver meno di 20 anni.

13 Art. 76.

14 Dice: Nondimeno in certi casi anche testimonj più giovani e le donne possono essere testimonj.

Che se il testimonio, al tempo del fatto su cui dee deporre, era bensì minore dell'età stabilita dalla legge pel giuramento, ma ne è maggiore al tempo dell'esame, le nuove leggi [15] tengono la sua testimonianza per pienprovante, poichè guardano alla forza del giuramento ed alla manifestata volontà di dire il vero; tuttavia riman sempre il dubbio che forse al tempo del fatto il testimonio impubere non avesse peranco la necessaria attitudine ad osservare le cose, e che nel frattempo le immagini della sua fantasia siansi frammischiate, anche a sua insaputa, colle memorie dei fatti positivi.

† Attualmente circa la testimonianza dei fanciulli vi son due sistemi: 1.° l'inglese (*a*): che consiste nel far precedere all'esame del fanciullo una specie d'investigazione che fa il Presidente del dibattimento in publica seduta, per convincersi se il fanciullo conosca l'importanza e le conseguenze del giuramento (*b*), il che essendo, anche un fanciullo di sette anni potrebb' essere ammesso a giurare e conseguentemente a deporre. Tuttavia anche in Inghilterra si sente il pericolo di questo sistema (*c*), e si insiste sulla necessità delle indagini circa lo sviluppo mentale del fanciullo. Ma ad onta di ciò tal sistema si estese alle leggi d'America (*d*) e di Malta (*e*). 2.° Il sistema francese: che consiste nell'ammettere bensì la testimonianza dei fanciulli al disotto dei 15 anni, ma senza deferir loro il giuramento. A questo principio s'accostarono anche le nuove leggi, salve alcune differenze sull'età (*), ed anzi il cod. di Sassonia, art. 225, non ammette al giuramento i testimonj minori d'anni 18. †

2.° I *dementi*, gli *imbecilli* ed i *furiosi* che sono in questo stato al tempo dell'esame od al tempo del fatto su

15 Cod. bav., art. 281. (E così anche il Reg. austr., § 152 *d*). Strecker, *De qualitate test. ad crimen proband*, § 3. Tittmann. Man. P.e III, pag. 410.

(*a*) Ben difeso da Best, *Treatise* (Tratt.), pag. 196-204.

(*b*) Vedi la mia opera *Das englische Strafverfahren* (La proc. pen. inglese).

(*c*) Vedi la memoria nell'op. cit. *Read*, ecc. (Letture alla società dei giuristi), 1857, vol. V, pag. 452.

(*d*) Greenleaf, *Treatise* (Tratt.), vol. I, pag. 485.

(*e*) Art. 559 dove è detto che nessun fanciullo possa essere escluso dal fare testimonianza quando il tribunale è persuaso che abbia ben compreso quanta malvagità vi sia nel deporre il falso.

(*) E così il Reg. austr. che stabilì però l'età dei 14 anni, al disotto della quale il testimonio può deporre ma non giurare — A.

cui devono deporre. Se poi venissero interrogati durante i lucidi intervalli, convien por mente che spesso questi così detti lucidi intervalli sono soltanto apparenti, e che di frequente la malattia, benchè non abbia forti accessi esteriori, dura però internamente, ed imprime alle forze dello spirito una morbosa direzione per la quale non è da attendersi che il testimonio possa nè percepire nè deporre con precisione [16].

3.° Quelli a cui manca quel senso che sarebbe stato necessario onde percepire la cosa su cui lo si dovrebbe interrogare.

4.° Quelli che sono nella impossibilità di manifestare con sicurezza a voce od in iscritto i loro pensamenti; poichè si dovrebbe argomentare dai segni, e queste argomentazioni son sempre pericolose [17].

5.° Quelli che hanno parte nella causa [18]; la qual esclusione però non può estendersi al danneggiato, come si vedrà in seguito. E qui giova notare che il testimonio in causa propria in affari penali, non può paragonarsi a quello, pure in causa propria, in affari civili, perocchè il privato non può guadagnare se non mediatamente ed in via indiretta dall' applicazione d' una pena, la quale ha luogo nell'interesse publico. Un vantaggio lo sente allora soltanto che reclama il risarcimento dei danni e che fonda questa sua azione di diritto privato sulla sentenza di condanna; laonde la forza di prova di tali testimonianze si misura in parte colle regole della testimonianza del danneggiato, e in parte con quelle delle testimonianze sospette.

6.° Sono inabili i testimonj corrotti [19]. Non bisogna

16 L'esperienza insegna che le immagini morbose si frammischiano, quando più quando meno, anche nei lucidi intervalli, colle percezioni reali delle cose.

17 Perciò sarà sempre sospetta la testimonionza d' un sordo-muto che non sappia scrivere. (Il Reg. austr. al § 124 dispone che l' esame del sordo-muto che non sa scrivere, si faccia per mezzo di interpreti giurati, e non dice poi in nessun luogo che la deposizione così ottenuta sia meno credibile delle altre. E certo però che in pratica il giudice non si fiderà mai di tali testimonianze se non quando siano accompagnate da molti dati di conferma, tolti da altre fonti di prova od amminicoli — A).

18 Leg. 10, Dig. *De testib.* (XXII. 5). « Nullus idoneus testis in re sua intelligitur ». Leg. 10, Cod. *De testib.* (IV, 20). « Omnibus in re propria dicendi testimonium facultatem jura submoverunt ». Lauritz, *De teste in sua causa*, Baruth 1795.

19 Leg. 3, § 5, Dig. *De testib.* (XXII, 5). « Qui ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus erit ». Art. 64, C. C. C. Ord. crim. pruss., art. 356, n.° 5.

però allargarne di troppo il concetto, nè confondere insieme i testimonj veramente corrotti, con quelli che hanno ricevuto od a cui fu promesso qualche cosa, per fare o non fare testimonianza [20]; poichè in tal modo sarebbe inabile anche quel testimonio che ricevette dal danneggiato o dalla famiglia dell'imputato un indennizzo pel viaggio o per gli incomodi avuti, e lo si confonderebbe con quello a cui fu promesso qualche cosa che egli non rifiutò pel motivo che erasi proposto di non lasciarsi per questo indurre a mentire [21]. La corruzione pertanto torrà fede al testimonio sol quando dalle circostanze emerga che il vantaggio promesso lo abbia determinato a dire il falso; quando cioè questa fu la condizione per la quale il vantaggio gli fu promesso, e per la quale lo ha accettato [22].

7.° Sono inabili del pari quelli colpiti di morte civile [23]; poichè perdono la capacità giuridica, e si considerano come morti fisicamente.

8.° Quelli che hanno subita una pena infamante [24]; ed anzi questa incapacità suolsi estendere anche a quelli che, essendo stati sottoposti a processo per certi reati, non ne vennero dichiarati innocenti [25]. Certo, a favore di questa esclusione può addursi che chi coi suoi reati dimostra di non avere sentimenti di moralità e di giustizia,

20 Così il Cod. bav., art. 278, n.° 9.

21 Gmelin, *Peinliche Rechspfl. in Kleinstaaten* (Dell'amm. della giust. punitiva, ecc.), pag. 210.

22 Globig, *Theorie der Wahrscheinlichk.* (Teor. della verosim.), P.e I, pag. 155. — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 525. (Infatti il Reg. austr. non parla del testimonio a cui fu promesso qualche vantaggio, sibbene di quello che ha deposte circostanze provate false, e lo esclude dalla prestazione del giuramento. Il lucro sperato potrebbe essere però una causa sufficiente a indebolire la fede dovuta al testimonio (§ 269, lett. e), ma allora solo che la verità della sua deposizione apparisse dubbia. — A.

23 Codice bav., art. 278, n.° 5, cod. d' instr. crim. franc., art. 28, 34, 42. (Come già il lettore avrà notato il Reg. austr., non esclude assolutamente nè queste nè altre testimonianze, ma le dichiara *sospette* col non ammettere siffatti testimonj al giuramento. Tali sono quelli sotto processo o in istato di condanna per un crimine qualunque o per delitto o contravvenzione dipendente da avidità di lucro. Ne parleremo ancora nel capitolo seguente — A).

24 Quistorp, *Grundsätze* (Princ. fondam.). § 691. Ord. crim. pruss. art. 556, n.° 7. Cod. bav., art. 278, n.° 6, il quale dichiara testimonj inabili coloro che furono condannati per titolo di calunnia, di falsa testimonianza, o di falso giuramento. (Il Reg. austr., § 152, *c*, esclude dal giuramento, non però dal fare testimonianza, quelli che subirono una pena per questi titoli, ma non parla della *calunnia* che pure è reato analogo sì per natura che per gravità. Vedi su di ciò a pag. 397 — A).

25 Cod. bav., art. 278, n.° 6.

non merita nemmeno credenza come testimonio; e che anzi potrebbe parere una offesa al senso popolare il proferire una condanna sulla deposizione di un uomo che si è egli stesso macchiato di un misfatto, per la qual cosa è ben naturale che la pena infamante faccia perdere la capacità di fare testimonianza. Nondimeno tutto questo non basterebbe ancora a far stabilire che *ogni* individuo il quale abbia subíta una pena infamante, sia da considerarsi testimonio inabile (*), poichè quel che importa di sapere si è se si possa credere che il testimonio *voglia* dire la verità. Ora la circostanza ch' egli abbia per avventura commesso altra volta un reato, benchè gravemente punito, non prova ancora ch'egli non abbia questa volontà attualmente. V' hanno reati che consistono nella violazione di leggi puramente civili e benespesso arbitrarie [26], e in cui i confini tra il lecito morale ed il punibile sono così sottili [27], che anche la sentenza di condanna, proferita forse da un giudice apprensivo, non permette ancora di argomentare che dunque il condannato non ami la verità. E v' hanno del pari dei reati [28] che si commettono nell' impeto d' una passione, e non sono punto da risguardarsi come prodotti da un cuore corrotto, per modo che non potrebbero dar motivo al giudice di negare che il colpevole abbia il senso della moralità. Ma v'ha di più; un uomo siffatto potrebbe anche voler migliorarsi [29] e dar prove di una vita illibata onde riacquistare la fiducia de'suoi concittadini, con tanto maggiore impegno e coscienza, quanto più sono diretti su di lui gli sguardi di tutti, e quanto meno occulto potrebbe

(*) Che dire della incapacità a fare testimonianza per effetto di condanna *per duello?* Eppure fu proposta; vedi i nostri *Studj sul cod. pen. tosc.*, pag. 158 — A.

26 Tali sono le contravvenzioni finanziarie, le omesse denunzie di reati e simili.

27 Come in parecchi reati politici.

28 Come l'omicidio improvviso (**) e la lesione in rissa.

(**) Il testo dice *Todschlag* che è la parola adoperata dal cod. pen. austr. nel testo tedesco per esprimere l' *uccisione* come contrapposto all'*omicidio*, e infatti il trad. francese disse: *par exemple les blessures entrainant la mort sans intention de la donner.* Ma ci par più verosimile che qui la voce *Todschlag* sia stata adoperata dall'Autore nel senso indicato da lui stesso nelle note al § 215 del Trattato di Feuerbach cioè di omicidio d'impeto. Vedi *Studj sul cod. pen. tosc.*, pag. 117 — A.

29 Suppongasi che quindici anni or sono un tale fosse stato indotto ad un misfatto da altri, e che, dopo esserne stato punito, siasi comportato in modo incensurabile.

per conseguenza rimanere uno spergiuro ch'egli osasse di commettere [30].

Un'altra considerazione è poi questa, che il renderlo incapace per pena di fare testimonianza, non è tanto un punir lui quanto il publico, togliendo un importante testimonio a molti cittadini che vi avevano fatto conto. È dunque cosa inopportuna affatto il porre come massima generale [31] la incapacità di colui che fu condannato a pena infamante (*), mentre che il determinare se un tal testimonio sia da risguardarsi come inabile, sospetto, od irrefragabile, dovrebbe dipendere unicamente dall'esame delle circostanze speciali del caso e lasciarsi al criterio del giudice. Egli è ben vero che la calunnia e lo spergiuro son tali reati [32] che fan giustamente presumere non avere il reo nè amore del vero, nè sentimenti religiosi; sicchè parrebbe a prima giunta ben naturale il dichiarar incapace di fare testimonianza chi ne fu giudicato colpevole [33]; ma o le circostanze che accompagnarono il reato; o il decorso di un lungo tratto di tempo, o, quel che è più, il manifesto miglioramento morale del condannato che abbia riacquistata la confidenza dei suoi concittadini, son tutti elementi che possono indurre il giudice a considerare la testimonianza di tal uomo come non del tutto indegna di fede. Nè vale citare il diritto romano a provare che il condannato sia testimonio inabile [34]; prima di tutto perchè l'*infamia* non privava della capacità di essere testimonio; poi, perchè il diritto romano non faceva differenza tra testimonj incapaci e testimonj sospetti. Nel diritto canonico poi [35] è bensì regola generale che i condannati per spergiuro o per somiglianti reati siano incapaci di far testimonianza, ma è anche ammesso che, ove consti che siansi corretti, il giudice possa sentirli in esame e tener conto della loro deposizione [36].

30 Bentham, *Traité des preuves*, vol II, pag. 147.

31 Vedi la mia Memoria negli Annali del proc. civ. di Zurhein, vol. II, fasc. 2, pag. 204.

(*) Si noti che per pene infamanti qui voglionsi significare quelle d'alto criminale, secondo la nomenclatura adottata anche dal codice italico — A.

32 Hagemann. *Pract. Erört.* (Studi pratici), P.e VI, pag. 274. — Tittmann, *Man.*

33 Anzi anche la falsa denunzia e il fallimento doloso giustificherebbero siffatta conclusione.

34 Così Marezoll, *Ueber bürgerl. Ehre* (Dell'onore civile), pag. 224. Ma vedasi a confutazione la memoria dell'Autore negli annali di Zurhein ora citata.

35 C. 54, X, *De testibus.*

36 Vedi la mia memoria or ora citata.

Aggiunta inedita.

Per ciò che spetta alla forza provante delle deposizioni dei testimonj che han subita qualche condanna, i sistemi ora vigenti son questi: 1.° l'inglese (*a*) (epperò anche il maltese) il quale di conformità a una legge del 1843, non esclude dal fare testimonianza nessuno che sia stato condannato criminalmente, salvo al Giurì di decidere qual fede meriti il testimonio, dopo averlo veduto e sentito (*b*). Del rimanente sta sempre il principio che la testimonianza non vale se non giurata. 2.° Il francese, giusta il quale coloro che furono privati per pena della facoltà di fare testimonianza (*c*), non possono essere sentiti che per dare informazioni (*renseignements*) e senza giuramento. A questo sistema s'accostarono le legislazioni tedesche, p. e., l'austriaca, § 132, la sassone, § 225. Il Reg. austr. annovera quali sono codesti testimonj, cioè quelli che si trovano *sotto processo* o *in istato di pena*, (dunque non quelli che l'hanno già subita) per un crimine qualunque o per un delitto commesso per avidità di lucro, o per una simile contravvenzione, e quelli che sono già stati puniti una volta per falsa testimonianza o falso giuramento (*). La

(*a*) Best, *Treatise* (Trail.), pag. 185. Le leggi precedenti facevano parecchie distinzioni.

(*b*) Nell'America settentrionale furono applicate le stesse disposizioni in alcune nuove leggi; vedi in ispecie Greenleaf, vol I, pag. 496. Nel resto vale la legislazione inglese precedente.

(*c*) Helie, *Traité* VII, pag. 700.

(*) Da questa disposizione del Reg. austr. si scorge che, mentre durante la procedura e l'espiazione della pena non si fa differenza da crimine a crimine, e tutti importano l'incapacità di giurare la testimonianza, invece dopo scontata la pena l'incapacità cessa, tranne quando la pena medesima fosse stata inflitta per falsa testimonianza o falso giuramento. Nel primo caso adunque il testimonio non è ammesso a giurare unicamente a cagione della sua *condizione personale* di processato o servo di pena, condizione che lo priva dei diritti civili, od almeno di alcuni tassativamente indicati, qual è questo di poter giurare in giudizio. E tal condizione dura appunto quanto la pena. Nel secondo caso invece la incapacità deriva da una *presunzione di legge* che non voglia esser sincero chi già altra volta disse o giurò il falso. Può domandarsi perchè non vi si comprenda anche chi fu una volta condannato per *calunnia*, come dispongono altre leggi. Ma forse la ragione si è che il calunniatore aveva una causa speciale, e contro una *determinata* persona; e tolte queste due specialità non v'ha ragione di credere che non voglia essere veritiero rispetto agli altri, come invece può temersi da chi depose o giurò il falso una volta. Finalmente dobbiam notare che le parole *sotto processo* adoperate nel § 132 *b*), alludono di certo alla sola inquisizione *speciale*, poichè nella preliminare

legge prussiana dispone invece in generale che qualunque condanna per crimine toglie la capacità di fare testimonianza. Ma questo sistema si va ognor più riconoscendo non essere nè saggio nè giusto, poichè non si può punto dall'aver un tale commesso un reato *qualunque*, argomentare che non voglia più dire la verità in nessun caso (*a*). E quel che è più inconseguente poi, si è il non ammettere queste persone a giurare, benchè si sentano quali testimonj, poichè in un sistema che si fondi sull'intimo convincimento, potrebbe anche darsi che fosse appunto questa deposizione quella che avesse prodotta l'impressione decisiva sull'animo dei giurati (*b*).

CAPITOLO XLII.

Dei testimonj sospetti (*).

Sono testimonj *sospetti* quelli a cui si dà fede limitata e soltanto sotto certe condizioni; e sono poi tali in genere coloro, rispetto ai quali, per certe ragioni, non si può credere che siano capaci di percepire la verità e di ritenerla fedelmente, nè che abbiano la volontà di manifestarla senza alterazione. Alcune di queste ragioni (p. e., la cattiva condotta) fan sì che un testimonio sia meno degno di fede *in qualunque* processo sia egli sentito; ed altre all'invece (p. e., la parentela coll'imputato) producono l'effetto particolare che in quel *determinato* processo, non può credersi che voglia dire il vero.

Le ragioni di dubitare della fede d'un testimonio sono le seguenti:

1.° La debolezza dei sensi, e precisamente di quelli che si richiedono per percepire con precisione l'oggetto di di cui si tratta, p. e., se il testimonio è di corta vista e dovrebbe deporre di cose seguite in distanza.

2.° La debolezza delle facoltà mentali, condizione ne-

nessuno è sotto processo, nemmeno quando sia dato a sospetto; e così decisero (secondo noi giustamente) il Trib. di Venezia e l'Appello veneto nel caso riferito dall'*Eco dei Trib.*, numeri 532 e 564 — A.

(*a*) Ben fu obbiettato a questo sistema nell'Archivio del dir. crim. prussiano, vol V, pag. 318.

(*b*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 296.

(*) Si è già notato nel capitolo precedente che parecchi testimonj qualificati dall'Autore siccome incapaci ossia inammissibili, per la legislazione austriaca sono soltanto sospetti — A.

cessaria per comprendere giustamente lo stato e la natura delle cose e dei fatti; laonde un testimonio imbecille, se anche sia tale in lievissimo grado, non sarà pienamente credibile.

3.° Lo stato in cui il testimonio si trovava al tempo del fatto, quando influisca sulla facoltà di percepire [1] o sulla facoltà di ricordare [2].

4.° L'interesse che egli ha ad un dato esito del processo, per guisa da doversi temere che egli ne sia indotto a deporre contro verità. Per conseguenza son testimonj sospetti: *a*) Coloro che hanno da attendersi un vantaggio per le conseguenze giuridiche della sentenza di condanna [3]; *b*) quelli a cui fu data o promessa una mercede per deporre in un dato modo; *c*) il danneggiato. E qui son necessarie alcune speciali considerazioni [4].

Dal diritto comune si deduce soltanto che la deposizione del danneggiato bastava per far mettere alla tortura colui ch'esso incolpava. Certo è che nel momento in cui si commette un reato contro taluno, questi non può trovarsi in quella tranquillità d'animo che è necessaria a poter percepire esattamente ogni particolare del fatto; quando poi è chiamato a deporre, il risentimento o la speranza di conseguir qualche vantaggio dalla condanna dell'imputato, possono indurlo a dir cose non vere. Non mancano esempi di persone che finsero di aver subito un danno per trarne lucro, o per nascondere un loro stesso fatto ingiusto [5], come anche non mancano esempi di persone che per errore si

1 P. e., se al momento del fatto aveva bevuto soverchiamente.

2 P. e., se è assai attempato.

3 P. e., se il testimonio dovesse risarcire i danni nel caso che l'imputato venisse assolto (Ecco un caso: un imprenditore di mezzi di trasporto dee rispondere della negligenza de' suoi subalterni, ma non del dolo. Se dunque un facchino, p. e., è imputato di furto a danno d'un viaggiatore, il suo principale ha interesse che sia dichiarato reo — A).

4 C. C. C. art. 25, n.° 6. Sulla testimonianza del danneggiato, vedi anche Quistorp *Grunds.* (Princ. fondam.), § 623. Wernher, *obs. forens.* P.e II,a obe 458. Harl, *Allg. Arch.*, ecc. (Archivio generale per le scienze politiche) 1827, fasc. 2.°, pag. 84. *Proc. pen. ted.*, P.e II.a, pag. 260. Il Codice bav. (art. 282), dichiara pienprovante la deposizione del danneggiato limitatamente al punto che sia stato commesso il crimine in suo danno. (Della legislazione austriaca *attuale* e delle relative controversie si parla più innanzi — A).

5 Così un depositario che sottrae e si appropria il deposito, può deporre che gli fu rubato. (La giurisprudenza pratica offre esempi di furti e rapine simulate, od anche di appiccati incendj quando il danneggiato istesso incendiando la cosa propria, mira a lucrare sulla assicurazione. Vedi i giornali giudiziarj. — A).

persuasero che fosse stato commesso un reato in loro danno [6]. Dalle premesse osservazioni deriva che il danneggiato, se non sotto tutti i rapporti, certo sotto alcuni, è testimonio sospetto. Così se si tratta di reato commesso contro la sua persona [7], sorgeranno senza meno i dubbj sopra accennati a scemar fede alla sua deposizione, ognorachè il reato fosse di tal natura che le particolari circostanze di esso potessero facilmente sfuggire alla osservazione del danneggiato medesimo [8], ovvero egli incolpasse una determinata persona unicamente in forza di argomentazioni dedotte dalle singole circostanze del fatto [9], e nondimeno pretendesse di averla riconosciuta [10]. — Che se, all'incontro, si tratta d'altri reati, coi quali fu recato danno alla sostanza, i sospetti sulla deposizione del danneggiato svaniscono affatto, o per lo meno si affievoliscono di gran lunga, qualora però si riferisca unicamente al fatto e non anche alla persona dell'autore, e qualora d'altra parte l'onesto suo carattere e i particolari del caso [11] allontanino il dubbio, ch'egli abbia voluto simulare un reato per mira di guadagno, o che imputando taluno potesse aspettarsi un vantaggio dalla sua condanna [12].

÷ Ecco ora le diverse opinioni vigenti rispetto alla forza provante della deposizione del danneggiato. A. Nel processo inglese (*a*) ed americano (*b*) si attribuisce alla deposizione del danneggiato una efficacia grandissima, anzi, a quel che ci sembra, eccessiva, anche quando è egli stesso l'accusatore (*prosecutor*); perocchè non lo

6 Accade talora che uno, dimenticandosi d'aver posta una cosa in un dato luogo, asserisca con tutta fermezza che gli fu rubata.

7 P. e., lesioni corporali.

8 Quali sarebbero la posizione in cui il reo si trovava, o le parole che proferì.

9 Importerà assai di verificare se la persona ch'egli imputa gli fosse nota già prima in guisa da non potersi ingannare facilmente, oppure se gli fosse poco nota e gli sembrasse appena quella tale.

10 Così pure sarà importante di sapere in quale ora il reato venne commesso, p. e., se di giorno, poichè allora è men facile l'errore; e se durò molto tempo per modo che il danneggiato abbia avuto campo di ben considerare il reo.

11 Suppongasi che altri testimonj depongano di averlo veduto porre una cosa in un dato luogo, e che poco stante quella cosa non v'era più, mentre d'altra parte possono attestare che il danneggiato non era più ritornato colà.

12 Quando, p. e., la somma rubata gli fu già restituita da mano ignota.

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 218.

(*b*) Greenleaf, *Tratt.* I, pag. 479.

Digitized by Google

si considera come parte in causa, e non ha persino da domandare nella sede penale il risarcimento dei danni. Non v'ha che l'esame incrociato (a cui anch'esso vien sottoposto) che possa far emergere i dubbj sulla sua credibilità, e le esagerazioni della sua deposizione. B. Nella legislazione francese tutto dipende da ciò, se il danneggiato si presenti soltanto come denunziante (*plaignant*) e non come parte civile, ovvero se in questa qualità di parte civile faccia valere le sue pretese. Nel primo caso è principio stabilito (*a*) che egli può essere sentito e fatto giurare come qualsiasi altro testimonio, poichè non figura come parte in causa; nel secondo caso la giurisprudenza non è ancora ben certa (*b*). Alcune decisioni recenti (*c*) ammettono anche la parte civile come ogni altro testimonio, poichè non è espressamente escluso dall'art. 322 del cod. d'instr. (massime se non vien fatta opposizione); laddove la giurisprudenza migliore (*d*) riconosce nel danneggiato una vera parte in causa, epperò per il principio che nessuno può far testimonianza in causa propria, lo ammette bensì a deporre, ma senza giuramento e per semplice informazione. C. Tra le legislazioni che adottarono una teoria legale di prove, quella che più delle altre cercò di dare diffuse regole sulla forza provante della deposizione del danneggiato, si è l'austriaca (*e*). Ma per quanto

(*a*) Decisioni riferite da Morin, *Repert.* II, pag. 975.

(*b*) Vedi una buona dissertazione di Hélie nella *Revue de législation* 1845, pag. 86.

(*c*) Una tra le altre del 28 nov. 1844.

(*d*) Morin, pag. 274.

(*e*) Nel § 270. (Per quanto ci sforziamo di esser succinti, non possiamo però tralasciare di far cenno del tenore di questo passo di legge che è pur troppo assai celebre per le molte controversie che suscitò la sua interpretazione. Nel § 269 è stabilita la massima che per provare una circostanza di fatto si vogliono *due* testimonj. Il *danneggiato* è pur esso un testimonio e come tale annoverato nel § 261, n.° IV. Ora il § 270 al n.° I dice: « La deposizione di colui contro del quale fu commesso il reato, può bastare, in mancanza di altri mezzi, alla prova legale dell'*indole* del fatto, ed anche a provare in confronto dell'imputato confesso o convinto del reato, le singole circostanze aggravanti il fatto stesso. Ma in base alla sola deposizione del danneggiato non può decidersi la quistione — se e quale azione punibile siasi commessa dall'imputato, — ad eccezione del caso previsto al n.° 2 di questo paragrafo ». Non è nostra intenzione di riferire neppure in compendio le disparate opinioni che si publicarono sui giornali a chiarire questo passo di legge. Possono leggersi nell'*Eco dei Tribunali* nei numeri 502, 503, 507, 510, 520, 545, 548, 562, 571, 656, 790, e in altri ancora, e nella *Gazzetta dei Tribunali* di Milano e nei commentarj. La pratica sembra avere omai sancita una interpretazione piuttosto semplice: O il fatto sta da sè indipendentemente

codeste regole siano state ben ponderate, e il legislatore abbia cercato di non inceppare di troppo il criterio del giudice, pure l'esperienza ha già dimostrato (*a*) che la legge fu variamente interpretata, e che la prova sull'autore del fatto viene ad essere talvolta soverchiamente difficile. D. Nelle nuove legislazioni che abolirono la teoria delle prove, il criterio del giudice è lasciato pienamente libero, cosicchè nella decisione dei singoli casi hanno bensì una efficacia le regole che abbiamo esposte, ma meramente come regole scientifiche, alle quali il giudice non è assolutamente vincolato (*b*). †

da ogni idea sull'autore, e allora il § 270 viene a stabilire che si crede pienamente al danneggiato in tutto ciò che riguarda il fatto in genere p. e. che gli furono rubati 20 fiorini dallo scrigno chiuso (furto *criminoso*); ma quanto all'autore la sua deposizione non fa piena prova, e se anche egli lo avesse veduto a commettere il furto, sarebbe soltanto una prova incompleta (§ 140 n.° 2.). O il fatto si riferisce precisamente a un dato autore, come quando una donna dice d'esser stata stuprata da Tizio, od un creditore depone d'essere stato raggirato con inganno dal debitore, o un debitore dice che la firma gli fu estorta colla minaccia o carpita con raggiro dal creditore e simili; e allora siccome dando *piena* fede al danneggiato sull'indole del fatto si verrebbe necessariamente a dire *pienamente* provata anche la reità dell'imputato, così (supposto sempre che la deposizione del danneggiato sia *il solo* mezzo di prova) si ritiene non esservi prova sufficiente nè del fatto nè dell'autore. Tale è la pratica generale, a cui perciò fa contrasto la decisione 26 ott. 1858, n.° 12225 dalla Corte suprema (*Eco dei Trib.*, n.° 875).

Chi ben lo consideri, il § 270 contempla i casi seguenti: o l'autore del reato è ignoto e allora il fatto si ritien provato in genere *come reato;* oppure ne vien imputato un autore, e allora od è confesso od è negativo. Se è confesso *pienamente* cessa ogni disputa; e son provati così il fatto come la reità; se è confesso *qualificatamente*, allora la deposizione *sola* del danneggiato prova bensì il fatto materiale avvenuto, e le circostanze sue aggravanti, non però quelle che costituiscono essenzialmente *la reità*, p. e., prova il ferimento e le sue conseguenze (quale sarebbe la durata dell'incapacità al lavoro) ma non basta ad escludere che avvenisse nella legittima difesa come l'imputato asserisce, cioè non prova la *dolosità*; e il reo dev'esserne *convinto con altre prove*. E questo vale ancor più se questi è negativo *del tutto*, poichè la legge dice che contro il negativo *convinto* la deposizione del danneggiato prova il fatto e le circostanze aggravanti; dunque dev'essere convinto *già con altre prove*, od almeno *col concorso di oltre prove*, *oltre* la diretta incolpazione che è una prova *incompleta* (§ 140 n.° 2). I lettori potranno trovare nei giornali giudiziarj molti esempi ad illustrazione di queste nostre idee, che dobbiamo esporre colla massima brevità.

Il § 270 dice poi al n.° 2 che l'importo del danno si prova colla testimonianza del danneggiato o del custode della cosa rubata, ed anche quando dall'importo dipende la criminosità del fatto.

Il resto del § 270 versa sulla deposizione di un testimonio unico (che non sia il danneggiato) e ne farem parola altrove — A.

(*a*) Hye, Princ. fondam. pag. 497 dell'ediz. ital.

(*b*) Arch. del dir. pen. pruss. Vol. V, pag. 522.

5.° Anche il *denunziante*[13] lascia sorgere qualche dubbio sulla attendibilità della sua deposizione, poichè è ben naturale che egli vorrà esporre le cose in modo da confermare la sua denunzia, e dimostrare la verità delle cose in essa asserite, non foss'altro per evitare i danni a cui vanno incontro i falsi denunziatori. Aggiungi per di più, che la denunzia è già un atto insolito, che ben di rado si fa per il solo nobile scopo di promovere, colla punizione del reo, il publico interesse[14]: sicchè si è inclinati a crederla dettata da bassi motivi, p. e., da odio verso il colpevole o da mira di vantaggio. Tutto ciò per altro dimostra appena doversi andar circospetti nell'accogliere e valutare la testimonianza del denunziante[15]. Del resto quando chi fa la denunzia è un impiegato che ne ha l'obbligo d'ufficio (*), la denunzia è un atto semplice, in cui non si può indagare, nè tampoco supporre, un secondo fine. Ma se all'incontro il denunziante ha da attendersi una mercede pecuniaria per la fatta denunzia, allora la sua testimonianza è certamente assai più sospetta, perchè può averla suggerita l'avidità del guadagno[16]. Fuori di questi casi si distingua:

13 Quistorp, *Rechtl. Bemerk.* (osservaz. di Dir.), I, pag. 226. — Kleinschrod, nelle sue *Abhandl. aus dem peinl. Rechte* (Dissertaz. di dir. pen.), P.e I, n.° 6. — Ranft, *über den Beweis*, (Della prova), § 85.

14 Per quanto si dica debito di cittadino il concorrere allo scopo sociale, il fatto è che la publica voce si dichiara contro chi fa una denunzia. Ci vogliono dunque cause prevalenti e straordinarie che spingano a questo atto.

15 Ordin. crim. pruss., § 357, n.° 7, Cod. bav., § 283. Secondo quest'ultimo il denunziante può essere testimonio irrefragabile sol quando avesse obbligo d'ufficio di denunziare, e non avesse contro di sè un qualche motivo particolare di parzialità od un interesse personale nell'esito del processo. (Il Reg. austr. non lo dice espressamente riguardo al denunziante, ma vale la regola generale che ogni dubbio fondato scema fede al testimonio, § 131, 260, 269 lett. *e* — A).

(*) « Tutte le autorità e tutti gli ufficj publici sono in dovere di denunziare ogni reato da loro scoperto.... che non sia di querela privata ». (Reg. austr. § 71). Le stesse considerazioni valgono anche pei casi in cui un privato è in obbligo di far la denunzia, quando agisce come publico funzionario, p. e., un medico, un chirurgo, una levatrice (Cod. pen., § 498) e pei casi di denunzia obbligatoria nell'alto tradimento (Cod. pen., § 61.) — A.

16 Strecker, *De qualit. test. ad prob. crim.*, § 8. Tittmann, *Man.*, vol. III, pag. 518. (Questo è il motivo per cui spesso appariscono sospette le denunzie delle guardie a cui compete un premio per gli arresti fatti di moto proprio, quando l'arrestato venga riconosciuto colpevole. E ancor più sospetta si è la denunzia di un giuoco vietato, dal momento che per legge (§ 522 Cod. austr.) è devoluta al denunziante una terza parte della multa, che può essere perfino di 900 fiorini — A).

se egli ha denunziato puramente il fatto senza additarne l'autore, o se ha incolpato eziandio qualcuno. Nel primo caso la sua deposizione è più degna di fede, nel secondo convien badare se risulti che egli fosse nemico dell'imputato, o se invece si trovasse con lui in tali rapporti che avrebbero dovuto trattenerlo dal fare una denunzia [17].

6.° La testimonianza dei *correi* merita qualche parola speciale. Chi, giusta la sua propria confessione, si è macchiato d'un misfatto, non può pretendere che gli si dia quella piena fede che è dovuta soltanto all'uomo illibato [18]. È poi ben naturale che i rei cerchino di riversare su altri supposti correi una parte della loro colpa, ed è evidente che han tutto l'interesse di fare una falsa imputazione [19]. E finalmente l'esperienza insegna che non di rado chi vede inevitabile la pena per sè, cerca per lo meno di trascinare altri nella propria rovina, accusando di correità persone innocenti, o per rimovere i sospetti dai veri correi, o per protrarre o difficoltare in tal maniera l'inquisizione [20], od anche per procacciarsi un più mite trattamento col tirar in campo persone eminenti [21]. Ciò nonpertanto se la legge non attribuisse veruna fede alla deposizione dei correi, si priverebbe del mezzo, spesse volte unico, per riconvincere gli altri rei che negano ostinatamente il loro reato; ed è perciò che a ragione il diritto comune riconosce la forza provante della testimonianza dei correi [22], purchè le speciali circostanze del caso allontanino i dubbj che la

17 Fa sempre grave senso che, p. e., una moglie porti denunzia contro il marito. Egli è certo che l'odio od altra passione somigliante devono aver fatti cessare i motivi che consigliavano a tener celato il delitto.

18 C. C. C. art. 51 confr. colla Leg. 16 § 2 Dig. *De quæst.* (XLVIII. 18): « Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat qui de sua desesperavit. — Leg. 11 Cod. *de Accusat.* e C. 10 X. *de Probat.*

19 Rivinus, *De nominat. complicis a deling.* Lips. 1727. — Creutzing, *De nominat. socii.* Jena 1755. — Hommel, *ad art.* 51, C. C. C. Lips. 1746. Leg. 17 cod. *de Accusat.*: « Nemo de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena; ne forte confessus sibi blandiatur aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus, aut eripi se posse confidens, aut studio, aut privilegio nominati ».

20 Durante l'inquisizione contro l'asserito correo (che sia innocente), il vero correo può, essendo libero, far de'tentativi per liberare anche il reo principale.

21 Questo può accadere specialmente nei reati politici, cospirazioni, ecc.

22 E così anche le nuove legislazioni ma con molte restrizioni. Ord. crim. pruss., § 398, n.° 5. Cod. bav., art. 284 (Dell'attuale legislaz. austr. si parla più avanti).

circondano. Le quali speciali circostanze o condizioni, son le seguenti: *a*) Che il correo sia pienamente confesso, e che la sua incolpazione contro l'altro non sia accompagnata da nessuna restrizione la quale lasci credere sperar egli un qualche vantaggio per sè medesimo [23]; — *b*) che abbia indicato il nome del correo da lui imputato, spontaneamente, e non per effetto di suggestione, per impedire il sospetto che avesse afferrato questo nome, e così falsamente imputata la persona indicata dal giudice nella domanda suggestiva, unicamente allo scopo di allontanare il sospetto dal vero correo; — *c*) che non vi siano dubbj d'inimicizia tra lui e quello ch'egli imputa come correo; — *d*) che egli abbia ripetuta le sua incolpazione in faccia al correo, all'atto del confronto; — *e*) che finalmente l'abbia confermata anche dopo che gli fu intimata la sentenza di sua condanna; ossia quando ha potuto convincersi che niun vantaggo gli è derivato dall'incolpare un terzo [24]. Qualora concorrano tutte queste condizioni, e quelle altresì per le quali la testimonianza merita piena fede (*), sembra evidente che anche la deposizione del correo fa prova. A chi però domandasse se si possa proferire una sentenza di condanna sulla deposizione di due correi, rispondiamo col diritto comune di no [25], poichè, anche prescindendo dal pericolo che vi sarebbe in una tal massima per la quale un uomo verrebbe condannato sul detto di due malfattori, è chiaro e preciso il testo della legge che attribuisce piena fede soltanto ai testimonj giurati, e che esclude dal giuramento chi si trova in inquisizione; laonde non potremmo trovare alcuna via per fare una eccezione rispetto alla deposizione dei correi. Per conseguenza, secondo il diritto germanico, la deposizione dei correi non può aver efficacia di prova se non in forza delle regole

23 Quando l'imputato è confesso, ma dice d'essere stato sedotto o costretto al reato da un altro, v'è motivo di dubitare della sua sincerità, perchè i rei credono frequentemente d'ottenere con ciò una pena più mite (E la loro supposizione è anche fondata in legge, perchè quando consti che il reo fu sedotto da altri, ha in suo favore una circostanza mitigante. Così almeno pel Cod. austr., § 46, lett. *c* — A).

24 Titthann, *Man.*, P.e III, pag. 522 e § 871.

(*) Tranne però la condizione del giuramento; la mancanza del quale porta una conseguenza di essenziale importanza nel valore della prova — A.

25 Quistorp, § 694. — Rivinus, *Diss. cit.*, § 30. — Martin, *Lehrb.* (Tratt.), § 72, nota 10. — Hohnhorst, *Jahrb. des Oberhofg. in Bad.* (Ann. del Trib. supr. di Baden, P.e VII, pag. 275.

sulla prova composta, cioè insieme con altre prove [26]. Tuttavia una nuova legislazione dovrebbe adottare la massima che anche colla deposizione di *più* correi (s' intende più di due) possa formarsi prova piena, a seconda delle circostanze [27], lasciando determinare poi dal criterio del giudice se il caso concreto permetta di comporre in tal maniera la prova. E siccome il correo non è per sè medesimo testimonio del tutto inabile, ma soltanto sospetto, e il sospetto non è altro, in ultima analisi, che una presunzione, così tutto sta nel vedere se il caso concreto faccia scomparire codesta presunzione di falsa testimonianza, e lasci supporre che il testimonio (il correo) voglia dire la verità. Si ponga il caso d' un uomo che ha preso parte a un reato in cui non si svela punto un animo profondamente corrotto; e che quest'uomo, vissuto sinora senza alcuna macchia, confessi con animo calmo tutta la sua colpa, ed imputi come correo un altro, il quale poi è già per sè stesso assai sospetto d'aver partecipato a quel reato; persiste quegli nella sua incolpazione, e niun indizio accenna che lo faccia per inimicizia; la sua deposizione s'accorda esattamente con quella d' un secondo testimonio, che non è suo dipendente, e per ultimo le circostanze particolari deposte son confermate anche da altre prove. Or dopo tutto questo non è egli ragionevole il presumere che quei due testimonj (il correo e il testimonio) abbiano voluto dire il vero? Perchè mai la legge, da ciò solo che manca il giuramento del correo, vorrà dubitare della sua sincerità, dal momento che avendo ripetuta la sua incolpazione anche dopo che gli fu notificata la sentenza di condanna, può dirsi che si ha un surrogato del giuramento medesimo? S' intende però da sè che in questi casi il giudice dovrà andare sommamente circospetto. E però se, p. e., fosse stata promessa al reo una diminuzione di pena o persino la grazia pel caso che avesse palesati i correi, non si potrà fare nessun caso di tal sua incolpazione, siccome quella che può dirsi carpita (*).

26 Raust, nell' opera *Vom Bew.* (Della prova), § 72. — Stübel, *Vom Thatbestand*, (Della essenza di fatto), § 242, e Tittmann, *Man.*, vol. III, pag. 522, attribuiscono piena fede alla testimonianza di *più* correi.

27 Jenull, *Oesterr. crim.*, (Dir. pen. austr.), vol. IV, pag. 111-115. (Questa proposta si trova accolta nel cod. di Modena. Vedi avanti, pag 408 nota *f*).

(*) Nel Cod. pen. austr. (1852) è stabilito al § 62, che colui il quale entrò in una lega avente per iscopo l'alto tradimento, se, mosso da pen-

† Le opinioni odierne circa la testimonianza dei correi differiscono assai. — A. Nella legislazione inglese domina ancora un costume, sòrto già un tempo sotto l'imperio di circostanze politiche infelicissime: e consiste nel guadagnare col mezzo della promessa di grazia uno dei correi come testimonio fiscale, e adoperarlo contro gli altri correi persino con giuramento (*a*). Ma chi consideri siffatto procedimento non può al cèrto trovar modo di giustificarlo; e fa anzi pessimo senso che un colpevole, fors' anche il peggiore, deponga con giuramento, e per motivi probabilmente vergognosi, e con tanto danno. La legge però (C. 23. Anna, cap. 31) non permette di impartir questa grazia, e con questa condizione, nei casi di omicidio; ma viceversa nei reati politici si giunge a cercar di guadagnare come testimone persino la moglie contro il marito (!), calpestando così i sentimenti morali e traendo anche facilmente in errore il Giurì (*b*). Ben migliore è pertanto l'opinione dominante in America (*c*), dove la testimonianza del correo vien reputata sospetta, e si ammette bensì, ma con riserva al Giurì di valutarne la credibilità; che anzi è debito del presidente di richiamarvi l'attenzione dei giurati e di ricordar loro che non può accettarsi nessuna testimonianza che non sia sufficientemente corroborata da altre prove (*d*). — B. In Francia i correi, anche se son testimonj contro gli altri, non si fanno giurare; il Giurì poi, benchè non sia obbligo del Presidente di istruirlo come in Inghilterra, ha piena facoltà di decidere sul valore che vuol dare alla loro deposizione. — C. Fra le nuove legislazioni che hanno adot-

timento, ne scopre all'autorità i membri, gli statuti ecc., mentre che erano tuttora occulti e se ne poteva impedire il danno, è assicurato della piena impunità e del segreto della fatta denunzia ». — Or costui potrebb'essere considerato un correo confesso nei rapporti della prova? S' egli si tien segreto, no certamente, perchè la legge vuole, come or ora si vedrà, che la falsa incolpazione del correo avvenga nel confronto *personale*. E s'egli rinunzia al segreto? Noi crediamo ancora di no, perchè sebbene la legge non lo dica espressamente, pur ci sembra voluto dalla natura della cosa che il correo incolpante deva essere egli stesso riconosciuto reo e punito, e che sapendo di esser punito, ripeta quella incolpazione da cui non gli può derivare alcun vantaggio — A.

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 220.

(*b*) Ivi, pag. 222, e la mia opera *Das englische Strafverf.* (Il proc. pen. ing.), pag. 352.

(*c*) Greenleaf, vol. I, pag. 500 e una sua memoria nell'*American Jurist*. Best., pag. 310.

(*d*) Che cosa si intenda sotto tali parole è disputato in pratica. Greenleaf, pag. 501.

tata una teoria di prove, l'Austriaca (*e*) e la modenese (*f*)

(*e*) Reg. Austr., § 271: « Le deposizioni di persone confesse di correità nella stessa azione punibile possono bastare a convincere legalmente un imputato negativo, qualora *due* di esse abbiano concordemente contro di lui deposto intorno al reato commesso insieme con loro, ed abbiano ripetuto tali deposizioni nel dibattimento finale in faccia all'imputato. Inoltre è d'uopo che le deposizioni loro *a*) siano fornite dei requisiti del § 269 (cioè di quelli per la prova testimoniale, tranne il giuramento); *b*) siano pienamente concordi tra sè nelle risposte alle interrogazioni fatte ai correi confessi, sopra particolari circostanze aventi connessione col comune reato, e che non potevano da loro prevedersi prima di essere sentiti; *c*) siano confermate da altre verificazioni in tutte le circostanze essenziali che stanno a carico di essi correi, sicchè non sussista motivo di sospettare di un precorso concerto, o di dubitare altrimenti della verità delle deposizioni » (*).

(*) A questo § reputiamo necessarie le seguenti osservazioni: 1.° Laddove il § 410 del Codice Pen. 1803 richiedeva che i correi confermassero la loro deposizione in faccia all'imputato (correo) anche dopo l'intimazione ad essi fatta *della sentenza di condanna*, invece il § 271 del Reg. attuale esige soltanto la conferma *al dibattimento*. Perciò non è prescritto che il correo confesso sia esso pure condannato. Tal sarebbe il caso se, p. e., riguardo a lui il reato fosse estinto per prestato risarcimento (trattandosi di furto od infedeltà). Vedi però una decisione contraria nell'*Eco dei Trib.*, n.° 818. 2.° Il correo dev'essere confesso di *correità*, ossia di quel fatto *punibile* che costituisce la correità. Dunque confesso (non soltanto *convinto*) così del fatto come della prava intenzione. Se pertanto uno confessasse il fatto commesso col coimputato, (p. e., d'aver venduto per suo incarico e per precedente concerto qualche cosa) ma dicesse che la sua partecipazione non è punibile (p. e., perchè ignorava la provenienza furtiva delle cose vendute), la sua incolpazione non avrebbe l'efficacia del § 271. Vedi però due conformi giudicati in senso opposto nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, 1858 numeri 43-45. 3.° Se il fatto non ha la qualifica *criminosa* anche per il correo confesso, p. e., perchè egli, come figlio di famiglia, ha a suo favore il condono del padre (§ 463 Cod. Pen. Austr.) o perchè egli è impubere, pare preferibile l'opinione che la sua incolpazione non sia della efficacia indicata al § 271. *Eco dei Trib.*, n.° 755. Vedi però in senso opposto la decisione suprema 24 marzo 1857, n.° 2674 nell'*Eco* n.° 786, e la nota nel n.° 864, pag. 551. 4.° Se il correo confesso fosse stato *graziato*, par che si debba distinguere: o lo fu in vista dell'aver palesati i socii (come nel caso d'alto tradimento previsto al § 62 Cod. Pen. Aust.), e allora la incolpazione non ha efficacia (anche se egli rinunziasse al segreto e la confermasse in faccia all'imputato) perchè egli ha da sperarne, anzi già ne ebbe un vantaggio. O lo fu per altri motivi, e allora l'incolpazione potrebbe valere, perchè concorrono tutti i requisiti del § 271 dove, come si vide, non è detto che il correo incolpante intervenga al dibattimento *come accusato*, nè che sia condannato anch'esso. 5.° Se l'incolpante fosse non *correo* ma *complice* (§ 6 cod. pen. austr.), non avrebbe i caratteri voluti dal § 271, perchè non depone di un reato *commesso insieme*, e così viceversa se i *correi* incolpassero un *complice*. Per altro due complici potrebbero far prova d'un indizio, p. e., che il reo possedeva la cosa loro consegnata da vendere (*Eco dei Trib.* n.° 813). 6.° Se il correo confesso non può comparire al dibattimento (p. e., per essere, morto durante il processo) la lettura che si desse delle sue deposizioni non varrebbe a soddisfare la legge che vuole ch'esso le confermi in faccia all'imputato, ossia personalmente. Vedi circa le deposizioni dei correi, Pagano, *Log. dei probab.*, cap. 14, Baugnòli, op. cit., § 512 e seg. — A.

(*f*) Cod. pen. est. 1855, art. 555. Per far piena prova vuole non due

son quelle che hanno date le regole più minute e precise sulla testimonianza dei correi, ma la prima fu variamente interpretata siccome attesta Hye. Nel cod. di Malta (art. 548) è stabilito che la deposizione dei correi non fa prova se non sia rafforzata dalle altre circostanze del fatto. — D. Nelle altre legislazioni che non conoscono teoria di prove è detto soltanto che i correi non si possono far giurare. Del resto è libero al giudice di attribuire loro la fede che credono (*g*) †.

Altri motivi di sospetto sorgono dalla natura dei rapporti che passano tra il testimonio e l' imputato. E sono i seguenti:

1.° *La stretta parentela.* Il diritto romano [28] diceva essere testimonio assolutamente inabile il parente; ma era l' effetto delle idee del processo accusatorio puro; oltre di che non si conosceva la distinzione tra *inabile* e *sospetto.* Si fu nell' antico diritto germanico che, ammettendosi i parenti come *conjuratores* a favore del parente accusato, si considerarono non già come assolutamente inabili, ma soltanto come sospetti. E invero è ben naturale il timore che il testimonio ascolti piuttosto la voce di natura, la quale altamente lo spinge a salvare il congiunto accusato, che non quella del dovere di veracità; e che perciò, anche senza volerlo, la sua deposizione sia più benigna che veritiera [29]; ma è però non più che una presunzione, a cui se ne ponno contrapporre delle altre. E ognun sa di fatti, che vi sono persone per le quali il dovere della veracità e la santità del giuramento hanno ben più alto valore che il bene d' un congiunto, sicchè, quantunque a malincuore, pur depongono contro di lui. Inoltre egli è da notarsi che, giusta la pratica tedesca, il parente chiamato come testimonio può esimersi dal deporre, e che perciò, quando tema di poter nuocere all' imputato, e voglia sottrarsi a questa collisione

ma *tre* correi, i quali inoltre non abbiano ottenuta l' impunità, e siano confessi limpidamente contro sè stessi. (Ecco risolti da quel Cod. due dei maggiori dubbj che sorgono circa il § 271 del Reg. austr. — A).

(*g*) Arch. del dir. pruss., vol. V, pag. 525.

28 Leg. 9 Dig. *De test.* « Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est ». Leg. 6 cod. *de test.* (IV. 20). « Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt ». Gluck, *Comment.* P.e XXII, pag. 146.

29 Persino una certa boria di famiglia può indurre nell' opinione che per salvar l' accusato e impedire il disonore che un membro di famiglia venga condannato, sia men grave deporre il falso.

di doveri, non ha che a dire di non voler essere esaminato. Or se invece preferisce di deporre, ben può credersi che anteponga il dovere di dir la verità al vantaggio del parente. La testimonianza dei congiunti è pertanto non già inammissibile, ma soltanto sospetta [50], il che vale anche rispetto al conjuge. Ben è vero che i rapporti tra i conjugi son così stretti e così intimi, da doversi temere ancor più che non vogliano aggravarsi l'un l'altro colla propria testimonianza; ed è vero altresì che la comunanza del patrimonio ci presenta il conjuge, nel più dei casi, come una parte interessata immediatamente alla riuscita del processo; ciò non pertanto la sua testimonianza può dirsi bensì sospetta ma non ancora inammissibile, per la ragione già detta, che s'egli non approfitta della facoltà di astenersi dal deporre, è segno che dà ascolto alla voce della verità e del dovere, per quanto ciò possa costare al suo cuore. V'hanno inoltre dei casi in cui non sarebbe possibile scoprire il reato senza sentir in esame il conjuge [51]. E finalmente l'opinione di coloro che dicono testimone inabile la moglie contro il marito, pel motivo che essendo a lui soggetta non può osare di deporre in suo aggravio, è una opinione che non corrisponde alle moderne idee sui rapporti tra conjugi, e sulla dignità della loro reciproca situazione.

Per ciò che riguarda gli altri parenti [52] la testimonianza loro non può dirsi sospetta se non fino al quarto grado al più (*). Quanto più prossima è la parentela, o più intima

50 Cod. Bav. art. 260, n.° 4; Ord. Crim. pruss. § 557. — Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 517.

51 Come nei processi di Bigamia.

52 L'idea tratta dal diritto canonico (c. 5 ed ult. X *De testib.*) e passata nella pratica, che i parenti siano testimonj idonei, *si veritas aliter haberi nequeat*, non si saprebbe punto giustificare.

(*) Secondo il Reg. Austr. § 115, i parenti *dispensati* dall'obbligo di far testimonianza sono: I consanguinei ed affini dell'imputato in linea ascendente e discendente, il suo conjuge (ed i fratelli e le sorelle del conjuge, *Declar. sovrana*, 27 aprile 1857) i suoi fratelli e le sue sorelle (dell'*imputato*) coi loro conjugi, gli zii e le zie, i nipoti e le nipoti, i primi cugini, i genitori o figli adottivi dell'imputato, (ed inoltre: chi lo assunse o fu da lui assunto in allievo, e il suo tutore od il suo pupillo). Si noti, 1.° che l'esenzione dall'obbligo di deporre spetta soltanto a quei parenti che sono chiamati *come testimonj*, perchè se figurano come imputati anch'essi, allora devono deporre. Ma per imputati non s'intende *inquisiti*, sibbene sospetti per indizj prossimi o remoti. Si eviti però di abusare di questa distinzione, e non si getti sul parente un qualsiasi sospetto *ipotetico*, per privarlo del diritto che ha di non fare testimonianza. 2.° Che l'esenzione si limita a quanto concerne la persona dell'imputato parente. Dunque riguardo agli altri coimputati sta l'obbligo di deporre, tranne il caso

la comunione domestica tra il testimonio e l'imputato, quanto più il testimonio gli deve obbedienza e rispetto [33], tanto più è da temere che non voglia essere veritiero.

2.° L'*amicizia* tra il testimonio e l'imputato, può diventare anch'essa una cagione di sospetto [34]. Certo, l'amicizia, chi la consideri in sè stessa, qual sentimento morale, non potrebbe consigliare mai una menzogna, neppure se il palesare la verità nuocesse all'amico; tuttavia la consuetudine d'intimità: quella specie di fratellanza che quasi impone di difender l'amico da ogni male: l'affetto caldissimo che li stringe insieme, fanno sì che il testimonio amico

che la situazione loro *non sia scindibile* da quella del parente del testimonio (Decis. dell'App. Lomb. 31 ottobre 1855 adottata *come massima* anche da Hasslwanter nella memoria già citata, *Eco dei Trib.* n.° 744). 3.° Che se nell'intervallo tra un esame e l'altro il testimonio diventasse parente dell'imputato, può rifiutarsi a deporre ulteriormente, ma il primo esame rimane efficace. 4.° Che la rinunzia al diritto di non deporre è *revocabile*. Così pensiamo con molti scrittori; e riteniamo che sia revocabile tanto negli esami successivi quanto anche nel medesimo esame. La legge non la dichiara punto irrevocabile, e il testimonio potrebbe accorgersi soltanto dopo la fatta rinunzia che il suo esame pregiudica al parente imputato. Vedi Hasslwanter, mem. cit. *Eco dei Trib.* n.° 746. 5.° Che le verificazioni fatte all'appoggio delle cose dette da un tal testimonio che prima aveva preferito di deporre, rimangono valide, perchè la legge dice in questo caso non potersi calcolar come prova *la deposizione fatta*, ma non parla poi delle verificazioni a cui questa aveva aperto l'adito (ivi *Eco dei Trib.* n.° 747). 6.° Che al diritto di non deporre si può rinunziare sempre, e che perciò un testimonio che accettò il beneficio di legge, può presentarsi a deporre. Il giudice per altro non è obbligato a sentirlo, se la sua testimonianza non gli importa più oltre, perchè sta in lui il decidere chi voglia esaminare e quando. 7.° Che finalmente sarebbe illegale valersi *in danno* dell'imputato di dichiarazioni *stragiudiziali* fatte da un parente che *non volle* deporre come testimonio, poichè non si può giovarsi in via *indiretta* e quasi per sorpresa, di ciò che in via diretta non è dato di ottenere dal testimonio. Se questi si rifiuta di deporre manifesta di volere che quanto egli sa non valga in giudizio; egli dev'essere perciò assicurato che da lui non verrà danno all'imputato sebbene poi *fuori di giudizio* egli non siasi creduto in obbligo di tener occulto quello che sapeva. E se taluno ferito e prossimo a morte incolpasse in presenza di più testimonj, come autore dell'omicidio un parente, p. e., il fratello, e venisse indi a morire senz'essere stato sentito giudizialmente, questa incolpazione varrà contro il parente come prova incompleta giusta il § 140 n.° 4? (Vedi questo § a pag. 90 nota * del presente volume). La legge non distingue se il moribondo che incolpa il reo sia suo parente o no; e d'altra parte il caso è ben diverso da quello in cui il danneggiato fu sentito e diffidato e rifiutò di deporre, mentre qui si avrebbe anzi la manifestata volontà d'incolpare, tanto più da considerarsi per la solennità del momento. Incliniamo pertanto all'opinione che valga come prova incompleta, ma confessiamo che il problema offre molti dubbj — A.

33 P. e., se i figli dovessero deporre contro i genitori.

34 Leg. 3, Pr. Dig. *de testib.*, (XXII. 5). Si dee guardare se il testimonio « amicus ei sit pro quo testimonium dat ». — Glonig, *Theorie der Wahrscheinlichkeit* (Teor. della veros.) P.e II, pag. 170.

dell'imputato si ponga quasi suo campione contro gli altri cittadini e contro la società. Or questo è senza meno un motivo di temere [35].

3.° L' *inimicizia* [36], perchè fa sospettare che la passione, creando immaginarj fantasmi accanto alle prime fedeli percezioni, miri a soddisfare al desiderio di vendetta con una testimonianza sfavorevole. Questo è però da temersi soltanto da una inimicizia diventata passione permanente e di cui duran le cause, e non da un passeggiero dissapore [37]; ed inoltre soltanto da chi abbia sentimenti sì ignobili da posporre alla brama di vendicarsi il dovere di dire la verità, e la santità del giuramento. Perocchè un uomo meno depravato fugge bensì ogni commercio col suo nemico, ma non giunge a recargli ingiustamente del male, nè a caricarsi la coscienza d'una volontaria violazione de' proprj doveri. Gioverà pertanto guardare al carattere del testimonio.

4.° Il rapporto di *dipendenza* del testimonio dall' imputato [38]. Non per questo sarà sospetto ogni servo nè chiunque siasi liberamante obligato a prestar un servigio [39]; poichè i nostri servi non sono siffatamente soggetti ai padroni da indursi a dir il falso per favorirli, nè la potestà dei padroni su di loro può temersi ch'eserciti un predominio sulla loro morale indipendenza. Laonde il vero motivo di sospetto consisterà piuttosto in certe particolari circostanze accessorie, le quali dimostrino che il testimonio, per effetto de' suoi rapporti coll' imputato, possa temere di perdere, dicendo il vero, qualche importante vantaggio [40].

5.° Non sono senz' importanza anche certi altri intimi rapporti che impongono al testimonio speciale dipendenza e gratitudine verso l' imputato, p. e., se il testimonio è suo pupillo o figlio adottivo (*); ma anche qui son le cir-

35 Jenull, *Dir. Pen. Austr.*, Vol. IV, pag. 57-59. Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 518.

36 Leg. 3, Pr. Dig. *De testib.* — Leg. 17 cod. *de testib.* Strecker, *De qualit. testium.*, § 6.

37 Globig, Op. cit., Vol. II, pag. 172. — Tittmann, *Man.*, iv i.

38 Il dir. Rom. esclude *testes domesticos.* Leg. 24, Dig. *de testib.* a leg. 3. Cod. *de testib.* — Glück, Comment. XXII, pag. 157 e parla inoltre dei testimonj *quibus imperari potest ut testes fiant.*

39 Tittmann, loc. cit., pag. 519.

40 Globig, Op. cit., Vol. I, pag. 222.

(*) Anzi il Reg. Aust. nel § 115, riferito a pag. 410 nota * dispensa colui che si trova in questi rapporti, dall' obbligo di far testimonianza in giudizio — A.

costanze speciali quelle che devono far dire al giudice se abbia una vera cagione di diffidare.

6.° Parimente meritano considerazione i rapporti che sussistono *tra il testimonio e il danneggiato*. Ben è vero che a costui non proviene un diretto vantaggio pecuniario dalla condanna del reo, la quale vien proferita per viste di ordine publico, sicchè di solito al danneggiato ed a qualunque testimonio per quanto sia suo amico, la condanna riesce indifferente. Ma chi non vede che il risentimento naturale di un danneggiato verso il reo fa sorgere in lui il desiderio di vederlo punito, e che a questo desiderio ponno prender parte i suoi attinenti? E allora, se essi hanno principj morali malfermi, come non temere che, anche senza volerlo, lo favoriscano nella loro deposizione più di quanto vorrebbe la stretta verità? La sentenza penale, d'altra parte, influisce indirettamente (*) sulla sentenza civile che il danneggiato può ottenere contro l'imputato per risarcimento di danni, e anche sotto questo rapporto se il testimonio è un dipendente del danneggiato, può inclinare ed aggravare il prevenuto [41].

7.° Quanto ai rapporti *dei testimonj tra di loro* avvi ragion di temere sol quando uno d'essi figuri come testimonio principale; perchè allora, avuto riguardo al vincolo di parentela che per avventura sussistesse tra lui ed altri testimonj, ed al tenore della deposizione di questi ultimi, può sorgere il timore che siano stati preoccupati dall'autorità del primo, o che siansi accordati con lui [42].

8.° Finalmente ciò che rafforza i sospetti sta nel carattere proprio del testimonio e nel modo suo di pensare

(*) Il testo dice *mittelbar*, mediatamente, indirettamente. La traduzione francese, e con essa anche la palermitana, dicono *direttamente*. Possono stare e l'una e l'altra parola secondo il modo di considerare la relazione tra il giudizio civile e il penale; sul quale argomento vedi un bell'articolo anonimo nella *Gazz. dei Trib.* di Napoli e riportato nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, 1852, N. 1 e segg. — A.

41 E ancor più se è suo parente; e nota a ragione Siegwart-Müller che il sangue bolle con maggior fremito nelle vene dei congiunti e si palesa facilmente nel respinger le offese (*Das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz*, ecc. San Gallo 1855 pag. 122). Anzi in molti cantoni della Svizzera, dove sussistono ancora delle inimicizie di famiglia, la testimonianza dei congiunti può essere assai pericolosa.

42 Ecco un caso. Il testimonio A incolpava B come autore del reato. Il figlio di A, che pur era sul luogo, depose da prima con precisione di non aver veduto B; ma poi depose come il padre. Ben si dovette temere ch'egli si fosse accordato col padre od avesse ceduto alla sua autorità, e non avesse osato di contradirgli.

e di agire. Già si disse che una subita condanna criminale rende sospetto un testimonio. Lo stesso è di quei testimonj di cui son provate certe azioni immorali [43] che lo palesano o sommamente leggiero o indifferente pei diritti altrui [44], o persino disamante del vero [45]. Or qui è necessario che il giudice consideri attentamente le più minute circostanze, e ponga a riscontro le azioni singole colla condotta intera del testimonio, se vuol guardarsi dal precipitare il suo giudizio; poichè, saputi i motivi che lo determinarono a talune azioni, le quali a primo aspetto gettavano la luce più sinistra sul suo carattere, potrebbe trovarsi indotto a giudizio più mite [46]. Ed è poi pericoloso, da certe azioni che dimostrano leggerezza od anche da un immorale sensualità, spingere la conclusione insino a dire che il testimonio siasi anche macchiato d'uno spergiuro, ed abbia maliziosamente nascosto il vero. Del resto è da por mente anche al tenore della testimonianza, poichè, come insegna l'esperienza, se il testimonio depone *a favore* d'un imputato, non si fa molto scrupolo, convinto (o piuttosto illuso) com'è, di non far ingiustizia a nessuno soccorrendo a un povero inquisito, il cui reato egli in cuor suo forse non disapprova [47]; mentre al contrario non saprebbe arrischiarsi a deporre il falso *in aggravio*.

Un altro motivo, e fortissimo, di sospetto, deriva dalla irreligiosità del testimonio [48], essendochè la sanzione religiosa è quella che dà allo Stato, col mezzo del giuramento, una precipua guarentigia di veracità, alla cui mancanza non può punto bastare l'obbligo morale di dire il vero [49]. E del pari certe speciali tendenze del testimonio, p. e., quella ad esagerare i fatti od a mentire, lascian sempre dubitare

43 Leg. 3 § 5 Dig. *De testib.*, (riferita à pag. 11 nota 11). Leg. 15 ivi (XXII, 5) Repetundarum damnatus ad testimonium adhiberi non potest. — Tittmann, P.e III, pag. 522.

44 P. e. se ha sedotto una fanciulla.

45 P. e. se è noto come bugiardo e vantatore.

46 In molte azioni, la virtù ed il vizio sono sì vicini, che si può essere facilmente ingiusti nel giudicare delle azioni altrui. P. e. è ben sottile il confine che separa l'avarizia dalla prudente economia.

47 Basti citare il duello e i reati politici. Pur troppo molti testimonj son poco scrupolosi in questi titoli, perchè lor sembra censurabile lo Stato per aver promosso un processo per siffatte azioni.

48 Bisogna però andar cauti a giudicare dell'altrui irreligiosità sulla fede di certi sacerdoti che, p. e., ne danno per sola prova il non assistere agli officj divini.

49 Oltre di che ben debole dev' esser la base della sua moralità se è propriamente irreligioso.

che non sia stato sincero, come certe abitudini dan motivo di supporre che il testimonio non soglia considerare le cose colla necessaria calma e libertà, nè tenere intatte nella sua memoria le fatte osservazioni [50].

La Carolina annoverava tra i testimonj sospetti anche le persone sconosciute [51]; ma era l'effetto dell'idea antica di non ammettere a far testimonianza contro un libero cittadino, se non uomini noti e stabiliti nel paese. Del resto l'essere sconosciuto non può per nulla influire, se non quando il testimonio prodotto contro un imputato determinato, sia affatto sconosciuto [52] così a lui come al Giudizio [53] (*).

CAPITOLO XLIII.

Come si possa valutare il grado di credibilità d'un testimonio.

Voler negare *ogni* fede ad un testimonio, e per conseguenza rifiutarne la deposizione come non provante in qualsiasi caso, sol perchè egli apparisca sospetto secondo le regole esposte sin qui, sarebbe cosa immensamente pregiudicevole (*a*). Per converso poi, sarebbe un errore non meno

50 P. e. se è dato all'ubbriachezza.

51 Art. 63, C. C. C.

52 Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 525.

53 Perchè allora il Tribunale non può facilmente conoscere le qualità personali del testimonio che influiscono sulla sua credibilità.

(*) La maggior parte dei rapporti personali che rendono sospetta la testimonianza secondo i precetti della scienza, sono compendiosamente espressi dal Reg. austr. al § 260 (riferito più sopra a pag. 76), e al § 269 lett. *e* colle parole: « nè dalla qualità personale nè dai rapporti dal testimone, nè dal tenore della sua deposizione, dee sorgere alcun fondato dubbio intorno alla sua credibilità ». Di alcune qualità e rapporti si parla poi espressamente, come della parentela, della precedente condanna, dell'inimicizia, ecc. — A.

(*a*) (*nota inedita*). † Vedi una esposizione di regole sul modo di misurare la credibilità di un testimonio in Brugnoli, op. cit., pag. 255-272, (§§ 305-325); nella mia *Proc. pen. ted.*, § 171, e quanto al processo inglese, Best, *Tratt.*, pag. 247. — Il § 269 del Reg. austr. enumera poi i requisiti che dee avere la testimonianza, affinchè una circostanza di fatto *possa* ritenersi provata; dev'essere cioè libera, espressa, chiara, determinata, fondata sulle percezioni proprie e non sopra presunzioni, verisimiglianze od argomentazioni, giurata, credibile, concorde cogli altri dati e deposta o confermata o letta (secondo i casi) nel dibattimento. Il Cod. di Malta dice nell'art. 546: « Sulla credibilità del testimonio si deciderà avuto riguardo al comportamento, alla condotta e al carattere del testimonio, alla verosimiglianza o consistenza, e ad altri caratteri del suo racconto, alla conferma che questo potesse avere da altre testimonianze, ed a tutte le circostanze del caso ». †

dannoso quello di chi reputasse addirittura testimonj classici tutti quelli che la legge o la scienza non pongono tra gli incapaci o tra i sospetti, e sol si curasse di accertarsi che due di cotali testimonj avessero deposto concordemente. Così del pari erra chi stima la forza provante d'una testimonianza poter essere determinata con matematico rigore; esservi una specie di media cui valgano ad innalzare od abbassare certe date circostanze; e potersi con queste definire il grado di fede che merita un testimonio nel caso concreto [1]. E invero, a che giova, il dichiarare che un uomo della classe media dei cittadini, fornito d'intelligenza ordinaria, e di buona condotta, deponente per esperienza propria, sia un modulo della ordinaria forza provante testimoniale, e che poi, ove sia distinto per costumi e per ingegno, tal forza s'accresca o viceversa si scemi ove ne abbia difetto [2]? Come impedire l'arbitrio in codeste valutazioni? Come creder possibile, nell'infinita molteplicità dei fatti e delle combinazioni, di prefinire quanta fede meriti questo o quel testimonio? Parecchi poi dei titoli proposti, conducono a un calcolo inesatto, e p. e., non sempre l'alta intelligenza del testimonio rende più forte la prova; ed anzi non di rado il semplice cittadino, a cui siano famigliari gli affari della vita, può percepire ed esporre assai più fedelmente che non il dotto, le cose più semplici. Per di più le cause che aggiungono o tolgono fede ad un testimonio, ponno anche trovarsi tra loro in tale collisione [3] da essere assai difficile il definire se al di là della media prevalgano quelle o queste. Nè si potrebbe instituire un calcolo matematico, perchè spesse volte uno di tali titoli [4] può essere così preponderante in sè stesso che ne uguagli tre o quattro contrarj.

Che per riguardo ai testimonj sospetti, tutto dipenda dall'attenta ponderazione di tutte le circostanze, fu già dimostrato più sopra, poichè se è vero che il sospetto si risolve in una presunzione, deve anche ammettersi che questa, come ogni altra presunzione, possa essere distrutta da fatti

1 Un tentativo di simil genere fece Bentham nel suo *Traité des preuves*, vol. I, pag. 81.

2 Dumont nelle sue note alla citata opera di Bentham, pag. 97.

3 Come se, p. e., il testimonio fosse parente in ugual grado del danneggiato e dell'imputato, ed avesse subita una condanna per reato politico, ma fosse poi di notoria ed incrollabile veracità.

4 Qual sarebbe la austera probità o la ben nota attitudine alle diligenti osservazioni.

contrarj; ma anche i testimonj che diconsi classici pel solo motivo che non hanno nessuno di quei difetti sui quali si fonda il sospetto legale, non si devono poi mettere tutti insieme in un fascio, perchè la fede nella loro testimonianza scaturisce ugualmente da una presunzione, e gli è solo considerando i particolari del caso concreto, che si può dire se la presunzione sia rafforzata o indebolita. Or qui è dove si fa meglio palese, come a fronte di tutti gli sforzi delle teorie legali, il giudice, in quanto concerne la fede dovuta al testimonio, decide sempre come giurato [5], ossia secondo quell'impressione generale, complessiva, che sorge dal riscontro di tutte le circostanze più minute. A voler decidere con sicurezza è necessario conoscere intimamente il cuore umano e le vicende e i rapporti della vita civile. Suppongasi che in un processo contro due accusati, la testimone principale sia sorella dell'uno e amante dell'altro, e sia in grado di deporre con certezza sul reato [6]. Qualora essa deponga a favore dell'amante e in aggravio del fratello, sorge spontaneo il quesito se non sia più forte la voce della natura, che parla in favore del fratello, o quella dell'amore che l'ha spinta a favorire l'amante. Qui non valgono le teoriche della prova; il giudice decide non come giureconsulto, ma come osservatore studioso del cuore umano.

Sarebbe pertanto opera perduta voler ridurre a formule di matematica certezza il calcolo di probabilità morale, che in questi argomenti è il solo a cui si può ricorrere [7]. Il giudice che deve decidere se ed in quanto possa tenere per vera una cosa sul fondamento di una testimonianza, procede al pari d'uno storico che investiga il vero tra i fatti trascorsi, seguitando le attestazioni di chi vi prese parte o vi assistè [8], e pesandole con ogni diligenza. A questo scopo giovano le regole seguenti [9]:

5 Come quando ha da decidere, p. e., se un testimonio punito per crimine sia ciò nondimeno meritevole di fede. (Vedi però certe limitazioni, più sopra a pag. 394).

6 Trattasi, p. e., d'un omicidio commesso in una casa da due individui la notte del 10 giugno. La testimone era svegliata e deve deporre sul quando e sul come essi siano entrati nella casa.

7 Filangieri, *Scienza della Legislazione*. Lib. III, P.e I., cap. 15, si provò, come è noto, a formulare dei canoni di giudicatura per la prova testimoniale.

8 Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, pag. 155 (Lib. IV, cap. 9).

9 Cremani, *Elem. jur. crim.* Lib. III, cap. 26, p. 204-225. — Globig, *Theor. der Wahrsch.* (Teor. della veros.), P.e I, pag. 155, P.e II, pag. 157. Stübel, § 897. — Tittmann, *Man.*, P.e III, § 855. — Ordin. crim. pruss., § 359. Indi Brugnoli, loc. cit.

1.° Si guardi, anzi tutto, alle qualità fisiche del testimonio, dalle quali dipende la sua attitudine a ricevere percezioni esatte; essendo cosa per sè manifesta, che quanto son più acuti i suoi sensi, tanto è maggiore la fede che merita [10], massime se si tratta di cose nelle quali egli è esercitato [11].

2.° Si guardi, in secondo luogo, al grado della sua intelligenza. Colui che, fornito di colto intelletto, conosce l'importanza di esporre con precisione e completamente i fatti da lui veduti o saputi, merita preminenza al certo sopra colui che trae la vita rozza e sbadata, che si ferma all' esteriorità delle cose, e depone con leggerezza senza comprendere l'importanza delle conseguenze che ne posson venire, e senza nemmeno separare ciò che sa con tutta sicurezza da ciò che soltanto crede di sapere. E v' hanno fatti così complicati [12] che ad esporli con verità si richiede di combinar insieme parecchie circostanze disparate; ed altri poi che si spiegano soltanto con talune circostanze accessorie d'altri fatti apparentemente lievi e di nessun conto [13]; in questi casi è di maggior peso ancora lo sviluppo intellettuale del testimonio.

3.° Si guardi, in terzo luogo, in qual condizione d'animo si trovava il testimonio al tempo in cui percepiva le cose che espone. Se egli era in istato di violenta passione che gli impediva di considerare le cose con calma e senza prevenzione, egli sarà di certo tanto meno credibile. Se, a modo d' esempio, allorquando egli era testimonio d' un fatto per lui indifferente, trovavasi intento colla amante,

10 Come se, p. e., uno dotato di eccellente vista attesta che una data persona era in un dato luogo, e un altro di corta vista lo nega. E si noti che non di rado gli uomini non confessano punto i difetti dei loro sensi (i sordi, tra gli altri, cercano sempre di non parer tali), sicchè talora è persino conveniente di fare una ispezione formale per stabilire con sicurezza se il testimonio abbia potuto, p. e., percepire esattamente i fatti a una data distanza.

11 In un processo si doveva appurare in qual modo l'imputato avesse tenuto il fucile, e se avesse preso di mira una data persona. Uno dei testimonj era esperto cacciatore e determinava con precisione in qual direzione l' imputato aveva tenuto il fucile; un altro testimonio inesperto nel maneggio delle armi, lo negava. Chi dubiterà che il primo non meritasse maggior fede?

12 Come quando si tratta di constatare l'inimicizia o uno sconcerto della mente.

13 P. e. la positura di taluni oggetti in vicinanza del cadavere, o la distanza a cui si spingevano le macchie di sangue, e persino se fossero tali davvero.

o brillo dal vino, o fortemente preoccupato da una spiacevole notizia ricevuta in quel punto, o se il fatto istesso di cui dovrebbe fare testimonianza lo aveva agitato profondamente, non potrà al certo aver veduto e compreso al pari di chi non aveva nè passioni nè prevenzioni di sorta.

4.° Giova conoscere altresì il carattere morale del testimonio. Quanto più è risoluto, leale, inflessibile agli altrui eccitamenti; quanto più è nota la purezza de'suoi sentimenti morali e religiosi, da cui, per nessun riguardo, non si lasciò deviare giammai nell' adempiere i suoi doveri, tanto è maggiore la fede da darsi alle sue parole. Pur troppo v' han molti che fanno mercato della loro coscienza e prendono a guida delle loro azioni la massima che lo scopo santifica il mezzo, sicchè se per avventura l'accusa non si conforma alle loro idee, o se essi son persuasi della innocenza dell'imputato, si credono autorizzati ad alterare i fatti realmente seguiti e veduti, a celarne alcuni particolari, o attribuirvi un carattere affatto diverso. Ma un uomo di rigida moralità e giustizia non si permetterà giammai siffatte transazioni colla propria coscienza.

5.° Oltre il carattere del testimonio, gioverà ponderare anche le altre qualità personali. Quanto al sesso però non può recare, di regola, alcuna differenza [14], perchè la donna è capace di comprendere e manifestare le cose, con ugual sicurezza che l'uomo. Che se gli antichi [15], avendo della donna un concetto immeritamente poco alto, non la ammettevano a servir come testimonio negli atti solenni, non si dee dedurne per questo che la sua testimonianza sia meno credibile che quella dell' uomo [16]. Si potrebbero anzi citare dei casi in cui la donna sa percepire i fatti assai più accuratamente che l' uomo, come quando si tratta di quelli attinenti alla vita muliebre [17]; laddove se non la interessano personalmente [18], è da temersi che la donna che ne fu per caso testimone, non li abbia osservati colla ne-

14 Vedi in proposito varie controversie tra gli antichi giureconsulti: Clarus, Lib. V, § 24, N.° 2-4. Böhmer, *ad Carpzov.* Qu. 11, obs 5.

15 C. 10, *De verbor signif.* — Cremani, *Elem. jur. crim.* III, p. 180

16 Gesterding, *Ausbeute von Nachforschungen.* (Raccolta di memorie.), Vol. I, pag. 207.

17 P. e., alla gravidanza.

18 P. e., nei reati politici.

cessaria serietà e diligenza, e che li esponga poi senza ponderare se la sua testimonianza corrisponda al vero. Non dal sesso, pertanto, ma dalle circostanze particolari del caso, il giudice trarrà le sue obbiezioni alla testimonianza della donna.

Così parimente la religione a cui il testimonio appartiene, non può essere in sè medesima d'alcuna influenza sulla sua credibilità; ed è veramente ingiusto il pregiudizio diffuso che gli israeliti non siano testimonj idonei se depongono contro cristiani [19]. Siffatta opinione si fonda in parte sulla supposizione, un tempo radicata, che l'israelita sia autorizzato dalla sua stessa religione a giurare il falso purchè lo faccia in danno d'un cristiano, e in parte sul presunto odio che si crede spinga gli israeliti a far ogni danno possibile ai cristiani. Se non che studiando le massime della religione ebraica e considerando le cose come avvengono in fatto [20], si vede quanto quell' opinione sia insussistente [21]; e i dubbj sulla credibilità del testimonio potranno dedursi dalla diversità di religione soltanto allora che od egli abbia prestato il giuramento con formalità diverse da quelle prescritte dalla religione a cui appartiene [22]; o la deposizione si riferisca a cose sulle quali ha una efficacia l' odio di religione e sia in vantaggio dei correligionarj. S'intende però da sè che anche in quest' ultimo caso il carattere fermo e giusto del testimonio può dissipare ogni dubbio.

6.° Si guardi in pari tempo al *tenore* della deposizione. Se il testimonio sa dimostrare il come sia venuto a cono-

19 Leg. 21, *Cod de Hæret.* « Sancimus: Contra orthodoxos litigantes nemini hæretico vel his etiam qui judaicam superstitionem colunt esse in testimonia communionem ». (Nel Reg. di proc. civile *vigente tuttodì* nel Regno Lomb. Ven. si legge al § 207. « Sono testimonj viziosi ma non assolutamente inabili.... 4.° gli Ebrei deponenti a favore di un ebreo contro un cristiano ». Già gli scrittori avevano censurata l'inopportunità di questa disposizione nei tempi presenti (Vedi Gennari, *Prove*, pag. 252), e infatti non la si trova riprodotta nè nel Reg. di proc. civ. per la Transilvania ed Ungheria, nè nel recente progetto di Reg. generale che ora si sta studiando dalle commissioni — A).

20 Vedi le mie *Grunds. des deutsch. Privatr.* (Massime fondam. del dir. priv.), § 117, nota 29. (Per altro chi ha vissuto qualche tempo in paesi dove gli Israeliti son numerosi, ha potuto persuadersi che, sebbene limitata tra il popolo ignorante e superstizioso, pure l'opinione è ancor superstite oggidì, che attribuisce loro una specie di missione religiosa di far ogni male ai cristiani — A).

21 Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 425.

22 Vedi la mia *Proc. pen. ted.*, § 127.

scere i fatti; se, p. e., adduce d'essere stato presente egli stesso, e in tal situazione e sotto tali rapporti, da non essersi potuto ingannare, egli merita al certo maggior fede di chi si fosse trovato in distanza, e impedito per ostacoli intermedj dal vedere ogni cosa, in guisa che il suo convincimento sia stato, a dir così, completato dalle deposizioni degli altri. E del pari è giusto di attribuire maggior fede a quel testimonio che è in grado di precisare anche le circostanze più minute del fatto (*), che non a quello che ne ignora parecchie e che mostra con ciò di avere fatte le sue osservazioni in modo incompleto e superficiale.

7.° E finalmente si ponga particolare attenzione al *modo* con cui il testimonio ha fatta la sua deposizione. Non v'ha dubbio che il contegno pacato, la schietta naturalezza delle risposte, l'uniformità e coerenza delle cose narrate, e la chiarezza della esposizione, dimostrano essere la testimonianza il prodotto di una diligente percezione dei fatti e di un sincero amore della verità; laonde ben merita che vi si dia tutta la fede. Che se al contrario egli si mostra impetuoso e appassionato, dà a temere che sia parziale; se insiste ostinatamente a ripetere cose evidentemente imparate, mostra di seguire insinuazioni altrui; se di continuo oscilla e si confonde, mostra o di non avere ben percepite e comprese le cose che narra, o di non voler raccontare sinceramente tutto quello che sa.

CAPITOLO XLIV.

Requisiti della prova testimoniale.

Acciocchè una circostanza di fatto influente nel giudizio penale in aggravio o discolpa, si possa dal giudice

(*) Sono oltremodo straordinarj i casi in cui un testimonio (od anche un imputato) narri fatti non veri con ogni minuta circostanza, senza mai cadere in contradizione. È forse superiore ad ogni altro, e per complicazione di fatti, e per interesse d'argomento e per numero e qualità di personaggi introdotti, il clamoroso processo trattato in Milano nel 1858 contro *Leopoldina Medici* accusata di truffa e di calunnia. Essa aveva saputo, per ben otto anni, riferire in giudizio e fuori i fatti più strani e involuti, accompagnandoli delle più picciole particolarità senza veruna alterazione, e convincendo così moltissimi (e fin parecchi tra gli uditori al dibattimento) della verità di quanto narrava. E nondimeno tutto fu dimostrato falso! Vedi quel processo (in cui il traduttore della presente opera rappresentava il Publico Ministero) nei suppl. al n.° 155, della *Gazz. dei Trib.* di Milano del 1858, e nella separata edizione coi tipi di Pirotta — A.

considerare siccome provata per mezzo di testimonj, si richiede:

1.° Che i testimonj siano da lui riconosciuti come degni di fede;

2.° Che abbiano prestato giuramento secondo le prescrizioni di legge e le solennità della religione da loro professata;

3.° Che i fatti su cui depongono abbiano potuto essere percepiti coi sensi. Anzi v'han molte cose, per ben osservare le quali si richiede che il testimonio abbia una pratica speciale, o perchè si tratta di minute circostanze che uno non esercitato difficilmente saprebbe rilevare, o perchè bisogna far uso di certi stromenti appositi [1], od esser fornito di particolare attitudine, la quale in chi non ha pratica non può essere tampoco presupposta [2], o perchè finalmente, a voler fare sull' argomento in quistione conclusioni fondate, è necessario che vi sia una esatta descrizione tecnica della cosa [3]. Quando adunque le deposizioni testimoniali non esprimono il risultamento delle percezioni proprie del testimonio, non è lecito di fondarvi sopra il convincimento del giudice, perchè quella non è che una opinione del testimonio, e fors'anche dedotta da una catena di argomentazioni. Così se un testimonio dice che A nutre una mortale inimicizia contro B, o che C è un pessimo e pericolosissimo uomo, non fa punto testimonianza di cose di puro fatto che abbia potuto percepire coi sensi, sibbene trae da fatti a lui noti una conclusione circa i sentimenti dell'imputato, epperò non merita fede se non quando adduca ad un tempo anche quei fatti, e questi sian tali da doversene necessariamente inferire quella conclusione. Laonde, a vero dire, i fatti da provarsi coi testimonj son questi soltanto che formerebbero la base di quella opinione o conclusione; ma il dedurnela poi spetta unicamente al giudice.

4.° La testimonianza è credibile sol quando il testimonio si fonda sulle percezioni sue proprie [4]. È indispensabile adunque che il testimonio sia interrogato sempre sulla *causa*

1 P. e., per determinare la profondità di una ferita.

2 P. e., per stabilire lo stato e la qualità degli orli d'una ferita.

3 P. e., per determinare il colore dei polmoni nella prova docimastica, o il colore delle lesioni o la qualità delle suggellazioni.

4 Piccardt, *De fide testium*, pag. 7, 29. Cod. bav., art. 277. (Reg. aust., § 269, lell. *e:* « La deposizione dee fondarsi sulle percezioni proprie del testimonio, mentre che era capace della necessaria riflessione, e non già sopra un sentito dire, su presunzioni, verisimiglianze od argomentazioni).

della scienza, perchè l'esperienza insegna che taluni anche onestissimi sogliono esporre le cose che lor vennero assicurate da persone degne di tutta fede, con quella asseveranza che appena potrebbero avere se le avessero vedute eglino stessi; e per conseguenza sarà conveniente, massime nei casi occorsi tra molte persone, di appurare se il testimonio che era presente deponga di sua scienza diretta anche sopra ogni singola circostanza accessoria.

5.° La deposizione del testimonio dev' essere inoltre *verosimile*, vale a dire *a*) che nel suo contenuto dee corrispondere alle leggi della natura; *b*) che i suoi particolari devon essere tra di loro in un ragionevole accordo; sicchè, p. e., non meriterebbe fede quel testimonio che raccontasse tali fatti d'un uomo che egli per le sue qualità individuali non può aver eseguito; *c*) che la deposizione corrisponda altresì allo stato in cui trovavasi il testimonio quando osservava i fatti che narra, o in altre parole, che egli potesse realmente osservarli, sicchè sorgendone qualche dubbio, il giudice deve appurarlo o mediante ispezione oculare [5] o col mezzo di periti [6].

6.° Ma quel che guarentisce la credibilità della testimonianza si è l'accordo tra questa e gli altri risultamenti del processo [7]. È naturale che talora, a fronte d'ogni attitudine ad osservare le cose e d'ogni buon volere di narrarle con verità, la fiducia nel testimonio venga meno se in qualche punto s'è lasciato sfuggire una menzogna; laddove la fiducia cresce al massimo grado quando ciò che egli assicura d'aver veduto si trovi dimostrato eziandio da altre prove. Non per questo sarebbe giusto pretendere che per ogni singola circostanza detta dal testimonio vi dovessero essere anche altre prove oltre la deposizione del testimonio, e che la testimonianza cessasse d'esser credibile allora soltanto che con altre prove fossero dimostrati insussistenti tutti i particolari in essa contenuti. Con

5 Come quando, p. e., il testimonio asserisce di aver sentito certe parole alla distanza di 200 passi.

6 P. e., se dicesse di aver raffigurato il reo alla luce prodotta dallo sparo di una pistola (Vedi il caso interessante d'appiccato incendio trattato a Mantova e riferito nella *Gazz. dei Trib.* di Milano 1856, n.° 139 e seg.), in cui i periti pretesero di dimostrare che da un certo luogo non era possibile aver veduto l'incendio, e questa pretesa impossibilità fu detta indizio contro l'imputato che di là aveva gridato *al fuoco*. Ma la Corte Suprema non accolse questa opinione. A).

7 Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 529. Cod. bav., art. 279. (Reg. austr., § 269).

siffatto principio la testimonianza, nel più dei casi, sarebbe del tutto inefficace, anche se deposta dai testimonj più idonei, e perciò ne andrebbero impuniti i rei, tutte le volte che l'imputato si ostinasse a negare e che nessun altro testimonio vi fosse, oltre quello che depone (*). Per di più si consideri che anche il testimonio meglio animato da amore di verità, può essere illuso da fallaci apparenze negli accessorj; e che d'altra parte questi ponno essergli sfuggiti di memoria, mentre il fatto principale gli ha lasciata una incancellabile impressione [8]. Per la qual cosa il disaccordo tra la testimonianza e le altre prove le recherà vero pregiudizio quando cadrà sopra una circostanza di fatto che il testimonio, se fu davvero presente, deve avere necessariamente veduta e non può avere dimenticata; e allora, se una circostanza essenziale deposta dal testimonio è dimostrata falsa da altre prove, la testimonianza perde la sua credibilità [9]. Tale è il caso in cui un fatto, nel modo con cui è esposto ne' suoi particolari, risulti impossibile, senza che però si possa dire che il testimonio si fosse ingannato; p. e., quando il testimonio pretende d'aver veduto A nel mattino del 16 giugno colpire B, mentre è provato con due testimonj che B era ancor sano al pomeriggio di quel medesimo giorno; giacchè non è facile che uno prenda inganno tra le ore del mattino e quelle dopo mezzogiorno (**). Ma tosto che l'asserzione del testimonio si riferisca a circostanze non essenziali, e dalle altre prove apparisca essere erronea, può facilmente ammettersi che sia occorso un abbaglio od una dimenticanza, possibile anche nell'uomo più scrupoloso e diligente, laonde non ne verrà nessun danno alla credibilità del testimonio, come se, p. e., avesse asserito che l'omicidio avvenne a sette ore

(*) Ciò non vuol dire che con un testimonio solo si possa condannare un accusato, anche quando non vi sono altre prove, ma vuol dire che le cose deposte da un testimonio son reputate vere anche quando v'abbia soltanto qualche dato essenziale che s'accordi colle altre verificazioni — A.

8 Chi, p. e., ha assistito ad un omicidio non può dimenticare chi ne sia stato l'autore, sebbene gli possa sfuggir di memoria il modo con cui era vestito, e quanti colpi abbia dati alla vittima.

9 Se, p. e., il testimonio depone che A ferì B con pugnale, mentrechè dalla sezione cadaverica risulta che fu ucciso con arma da fuoco.

(**) S'intende che vi sia un intervallo di discreta lunghezza, p. e., dalle ore mattutine a quelle del tramonto, o circa, perchè, p. e., dalle 11 3/4 alle 12 1/4, vi sarebbe sì poca distanza da essere possibilissimo l'errore — A.

di mattina laddove è provato che a sette e mezzo il preteso ucciso era ancor vivo, poichè è facile un errore in sì breve spazio di tempo [10]. Del resto è importante di vedere se il testimonio abbia veramente asserito ciò che narra e che pure si trovò inesatto, ovvero se soltanto abbia con ciò manifestata una sua opinione, essendochè in questo secondo caso il disaccordo tra la deposizione del testimonio e le altre prove non reca nessun pregiudizio; ed anzi un testimonio che separa le cose sulle quali è pienamente certo, da quelle sulla natura delle quali è in dubbio, dimostra ch' egli depone con coscienza, e non potrebbe essere rimproverato d' aver voluto ingannare, dal momento che egli stesso ha dichiarato sopra quali circostanze non era in grado di deporre con sicurezza.

7.° La deposizione del testimonio dev' essere *perseverante* [11], cioè mantenersi nei suoi esami sempre uniforme, e scevra da contradizioni e dubbiezze; poichè chi ha veramente veduta una cosa la racconta sempre ad un modo [12], mentre il bugiardo si tradisce anche senza volerlo, e nei diversi suoi esami espone sempre diverse circostanze, siccome quello che è costretto a completare tutte le volte in qualche modo i parti della sua multiforme fantasia. Ma anche qui sarebbe poi ingiusta cosa il considerare come immeritevole di fede ogni testimonianza, tutte le volte che contenga una contradizione od un cambiamento qualunque. Perocchè ben sovente accade che un testimonio, dopo d' avere nel primo istante di turbamento e di sorpresa, deposta una data circostanza, s' accorga, ma solo allora, d'aver sbagliato, e a più matura ponderazione si risovvenga (od altri lo faccia risovvenire) di ogni più minuto particolare. E del pari è cosa nota che parecchi testimonj sorvolano da principio sopra talune circostanze accessorie, o cercano di presentare il fatto in un aspetto men grave, allo scopo di giovare possibilmente all' imputato; ma poi pentiti e spinti dalla coscienza, espongono il vero senza reticenze. Perchè negare ogni fede a siffatti testimonj? Bi-

10 La memoria è facilmente infedele anche nei più coscienziosi, p. e., rispetto ai numeri, come quando s' ha a dire quanto danaro fu pagato.

11 Cremani, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 209. — Globig, *Theor.*, ecc., vol. I, pag. 185. — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 524.

12 Circa le incertezze dei testimonj, vedi la leg. 2, Dig. *De testibus.* « Testes qui adversus fidem suam testationis vacillant, audiendi non sunt. » Mathæi, *De crim.*, Lib. 48, Tit. 15, c. 4, n.° 14.

sogna considerare il tenore complessivo della deposizione e il contegno del testimonio; poichè se, p. e., da prima manifestava soltanto una mera opinione e poscia un fermo convincimento, non può dirsi che abbia propriamente vacillato. Che se, al contrario, la prima deposizione era più sfavorevole all'accusato che non la seconda, allora si potrà temere che sia stato indotto a cambiarla dall'imputato o da' suoi attinenti, e perciò si dovrà cercare con ogni diligenza di appurar questo dubbio. Non merita poi molta fede quel testimonio che depone in diverso modo nel medesimo esame; ma se egli prima *opinava* soltanto, poi *asseriva* con precisione: se le domande del giudice lo hanno richiamato a ponderare ch'era in errore: se da prima erasi smarrito per timidezza, e a poco a poco riacquistò coraggio e raccolse i suoi pensieri, — cesseranno i dubbj sulla sua credibilità. Tuttavia quando le discrepanze nella deposizione si riferiscano a circostanze che (se fu presente ai fatti) dovrebbe aver di certo osservate, e di cui dovrebbe aver conservata durevole e precisa impressione [13], o quando la deposizione contenga fatti che si contradicono tra di loro e non possono per nulla stare insieme per modo che certamente alcuni sono falsi, allora la testimonianza cessa affatto di essere credibile [14].

8.° Il convincimento del giudice non può fondarsi sopra una deposizione testimoniale, se il testimonio non sia comparso personalmente dinanzi al competente giudizio. Non basta adunque una dichiarazione stragiudiziale, benchè fatta alla presenza di più persone [15], poichè non si è sicuri che il testimonio pensasse alla serietà ed importanza della sua dichiarazione, in quanto che non aveva nessun dovere di dire la verità fuori di giudizio, e poteva quindi essere indotto a fare una deposizione insincera o per leggerezza o per burlarsi d'un terzo, o per vanto, od anche per giovare

13 Come se nel medesimo esame il testimonio avesse deposto d'aver veduto A ferir B con pugnale, poi invece con arma da fuoco; perocchè non è possibile che su questa circostanza sia stato in dubbio.

14 Come se raccontasse, p. e., che A tagliò la gola con un rasojo a certa B, e che poi questa tenne con lui un lungo discorso. (Quando poi debba dirsi che con tali differenti deposizioni il testimonio si sia reso colpevole di falsa testimonianza, vedi nei già citati *Studj sul Cod. pen. tosc.*, pag. 100 — A).

15 Tittmann, *Man.*, P.e III, § 858. — Bopp, *Mittheilungen der Mater. der Gesetzgeb. in Hessen.* (Raccolta di materiali della legislaz. assiana), Vol. V, pag. 154.

o nuocere ad altrui. L' esame del testimonio dev' essere poi seguito dinanzi al giudice [16], poichè allora è ragionevole di presumere che nell' interrogatorio siansi impiegate tutte le regole che il caso e la legge e la prudenza richiedono, a guarentire che il testimonio manifestasse il suo vero intimo convincimento. E infatti dinanzi alle autorità di polizia o nei tribunali civili è troppo facile che si adoprino le domande suggestive, con gran pericolo della verità. Ed è poi del tutto essenziale la condizione che il testimonio comparisca in persona dinanzi al giudice a fare la sua deposizione, e non bastano punto le attestazioni scritte prodotte al giudice, poichè si ignora se per avventura fossero state impiegate delle suggestioni per ottenerle, nè si può avere guarentigia di sorta che il testimonio fosse compreso dell' importanza di ciò che attestava.

9.° La testimonianza dev' essere *libera*, cioè deposta senza coazione. Non sarà dunque meritevole di fede quando per ottenerla saranno stati impiegati mezzi coattivi, quali sarebbero l' arresto o le gravi minacce [17]. S'intenda però per ottenere una *determinata* deposizione in un *determinato* senso; poichè le pene disciplinari stabilite dalla legge contro chi si rifiuta senza diritto di fare testimonianza, non costringono punto il testimonio a fare una deposizione *determinata*, sibbene in genere a deporre con verità, e per conseguenza il testimonio non si trova posto in quello stato di collisione, in cui anche il più veridico possa essere indotto a mentire, per sottrarsi ai mali che gli furono minacciati. Tuttavia affinchè non si tema che cotali mezzi coattivi vengano realmente adoperati, il giudice inquirente deve allontanare tutto quello che potrebbe far credere al testimonio di dover essere costretto a deporre in un certo senso [18], ed anzi deve cercar d' infondergli il convincimento non volersi da lui che la verità; e non impiegherà i mezzi coattivi permessi dalla legge [19], se non quando saran riusciti inutili tutti gli altri argomenti per indurlo ad adempiere al suo dovere di fare testimonianza [20].

16 Kleinschrod nel vecchio Arch. del dir. crim., vol. VII, pag. 169. Quistorp, *Grunds.* (Principj), § 696.

17 Se, p. e., venisse dimostrato che l'imputato o i suoi attinenti avessero minacciato qualche male al testimonio pel caso che non avesse deposto in favore.

18 A dire, p. e., che A sia l'autore del reato.

19 Quali sono l'arresto o la multa.

20 Il rifiuto del testimonio a deporre e giurare deriva di solito da

10.° Importa poi che il testimonio non sia stato nemmeno tratto in inganno. Or ciò può avvenire: *a*) se il testimonio viene indotto nella illusione d'aver veduta o sentita una data cosa, quando in fatto non è vero [21]; — *b*) se gli si fa credere che una falsa deposizione non recherebbe nessun pregiudizio; — *c*) se finalmente lo si inganna circa il significato vero della domanda che gli fu proposta. Si verificherebbe il secondo caso (e sarebbe dannosissimo) qualora, p. e., si dicesse al testimonio che niuna pena verrebbe inflitta all'imputato, o che la sua deposizione non dovrebb'essere che una conferma di quella già fatta da altri, e ciò poi non fosse vero. Ma le domande suggestive sarebbero particolarmente pregiudicevoli nel terzo caso. V'ha infatti degli uomini che per innata leggerezza non sanno prevedere le conseguenze delle loro deposizioni; come v'ha di quelli che son sì timidi al presentarsi la prima volta in Giudizio, che rispondono addirittura così come lor sembra d'avere intesa la domanda, anzichè in modo conforme alla verità. Laonde è assai importante, a voler giudicare della credibilità di una testimonianza, il conoscere precisamente quali domande erano state fatte al testimonio [22]; epperò è da censurarsi, come pericolosa, la pratica di comprendere in una domanda sola più circostanze di fatto [23].

pregiudizj suoi, e spesso da pregiudizj religiosi, laonde giova far intervenire un sacerdote per istruirlo. (Tale appunto è il tenore del § 155 del Reg. austr. — A).

21 Non ogni inganno teso al testimonio toglie fede alla sua deposizione. Così in un caso un giudice inquirente ingannò il testimonio assicurandolo che l'imputato aveva già confessato ogni cosa, e gli fece anzi vedere un biglietto dell'imputato medesimo, di cui erasi imitata la scrittura, con cui lo eccitava a palesare tutto ciò che sapeva; e il testimonio così ingannato raccontò il vero. Il giudice fu punito, ma la deposizione ebbe valore perchè l'inganno non tendeva a farlo mentire.

22 Pessimo sistema è quello di non indicare nel protocollo le domande fatte e di esporre soltanto, a guisa di racconto complessivo, le risposte del testimonio. (E infatti il testimonio non fa quasi mai un vero racconto, ma risponde a minute e molteplici domande. Per conseguenza il giudice inquirente, che su quelle risposte compila un racconto ordinato, eviterà ben di rado il pericolo d'introdurre cose sue, anche inavvertitamente, per dare al racconto un nesso ed una forma che il testimonio non vi diede. Taluni usano porre la domanda generica *sulle speciali*, a cui fan tener dietro il racconto del testimonio. Qual guarentigia che non siano state fatte domande suggestive, o tendenti ad illudere il testimonio? Come convincersi che il racconto del testimonio sia proceduto spontaneo da lui, o non sia stato piuttosto ottenuto dopo laboriosa insistenza del giudice? Come decidere se questa insistenza sia stata legale o illegale? — A).

23 Come quando si domanda al testimonio se egli sappia che A ab-

11.° La deposizione del testimonio dev'essere *originale*, e cioè il prodotto del suo proprio convincimento, e non del suggerimento o dell'istruzione altrui. Non si dee togliere per questo ogni fede ad una testimonianza sol perchè fu adoperata una domanda suggestiva, poichè ognun sa che spesse volte non è possibile proceder oltre nell'esame, se non si ricorre a qualche suggerimento che serva d'indirizzo. Vi sono taluni che evitano sempre di rispondere alle domande concepite in modo troppo generale, e schivano i punti essenziali per non esserne interrogati più da vicino [24]; e d'altra parte se la suggestione indica al testimonio ciò che si vuol sapere da lui, la deposizione che ne consegue può ciò non ostante dimostrare aver egli detta la verità. Nondimeno le domande suggestive lascian temere che certi testimonj o per leggerezza, o per togliersi più presto alla seccatura dell'esame, affermino senz'altro le cose loro proposte; e v'hanno persino di quelli che, timidi e confusi, affermano unicamente perchè suppongono che l'inquirente che fa il processo, debba aver saputo come stavan veramente le cose, argomentando che se così non fosse, non avrebbe fatta quella domanda precisa [25]. Altri poi, non ricordando forse esattamente i minuti particolari del fatto, approfittano della domanda categorica loro proposta, per trarsi, con una semplice affermazione, dall'imbarazzo, e se poi hanno interesse a nascondere la verità, afferrano senz'altro l'occasione per trarre in errore il giudice col rispondere affermativamente alla domanda suggestiva [26]. Ecco i motivi pei quali una testimonianza che si fonda sopra domande suggestive, sarà sempre dubbia, quantunque non si possa poi erigere a

bia delle tali o tali altre parole, e se abbia poscia minacciato col coltello. Le persone incolte sogliono far attenzione soltanto alle ultime cose che sentono, e così, mentre in realtà asseriscono soltanto l'ultima parte della domanda, sembra che l'asseriscano tutta intera.

24 Così volendosi sapere dal testimonio se A nel 16 gennajo abbia delle certe parole in una certa osteria, lo si interroga cautamente dov'egli fosse ai 16 gennajo e con chi; ma siccome il testimonio schiva sempre di nominare A, bisogna pur finire col domandargli se A non fosse presente, e se non dicesse le tali e tali parole. (Di solito lo si fa, non già in forma di domanda, ma di *cantestazione*, fondata su qualche benchè vago dato preesistente in processo — A).

25 Il tono di voce con cui la domanda fu fatta può persino imporre sull'animo dei testimonj.

26 Massime se in tal modo si suggerisce a un incolpato il nome di un correo.

regola che qualunque suggerimento dato al testimonio gli tolga ogni credibilità [27].

Si guardi adunque alle circostanze particolari del caso concreto. Epperò sotto le condizioni seguenti è indubitato che le domande suggestive nuoceranno alla credibilità della testimonianza: 1.° Quando le domande suggestive siano ripetute per modo che vengano a suggerire effettivamente *tutti* i caratteri distintivi del fatto; 2.° quando non v'abbia altra prova del fatto in genere che quella dei testimonj, e questi depongano unicamente per effetto di suggestive; 3.° quando sia stato suggerito il nome di un correo; 4.° quando le suggestive si riferiscano a quelle minute circostanze particolari che dovrebbero dimostrare l'accordo tra i testimonj, e per di più siano state dirette a tutti nel medesimo senso; 5.° finalmente quando il testimonio sia tal persona e di tal condotta, da far temere che non abbia nè la indipendenza d'animo nè il criterio sufficiente per dire soltanto ciò che egli ha effettivamente veduto, ma che ceda piuttosto all'altrui influenza in guisa da indursi a dire contro verità ciò che da lui si domanda.

12.° Finalmente affinchè una circostanza di fatto possa ritenersi provata per mezzo di testimonj, è necessario che sia confermata dalla deposizione di *due* testimonj almeno, i quali siano concordi in tutti i punti essenziali. Questo accordo è la precipua guarentigia che assicura fede alla testimonianza, poichè fa scomparire quei dubbj d'errore o di mala fede che sorgono contro la deposizione di un testimonio solo. E infatti se ambidue depongono a un medesimo modo, l'uno indipendentemente dall'altro, vengono a sorreggersi e controllarsi a vicenda, avvegnachè quell'accordo non si potrebbe altrimenti spiegare che con un concerto criminoso, ove non derivasse dall'essere la deposizione fondata sulla verità; e per di più se menzogna vi fosse, dovrebbe assai facilmente scoprirsi sentendo in esame separato i due testimonj [28], e specialmente coll'insistere

27 Kleinsrod, *Abh. aus dem peinl. Rechte* (Dissert. di dir pen.) P.e I n.o 2 §§ 17 e 19. — Bentham, *Traité*. Vol. I, pag. 122. — Parst, *über suggestionem* (Delle dom. suggest.), pag. 111. (Vedi le note a pag. 520 e 522 del presente volume).

28 È di somma importanza che si osservi rigorosamente la regola di sentire ad uno ad uno e separatamente i testimonj, poichè anche la sola presenza dell'altro testimonio può imporre a quegli che depone e renderlo mendace o reticente; e viceversa l'altro può non accorgersi tosto delle deviazioni dal vero che fa chi depone prima di lui.

(però senza domande suggestive) sulle circostanze secondarie ed accessorie del fatto, nelle quali quanto più son d'accordo tanto maggior fiducia si meritano. Or se v'ha disaccordo, la testimonianza ne resta tanto più affievolita quando si tratti di circostanze che, data la contemporanea presenza d'ambidue i testimonj, dovevano essere vedute da ognuno ad un medesimo modo, e non sfuggir facilmente dalla loro memoria. Giova insistere, p. e., sul tempo in cui il fatto avvenne, sull'abito che l'imputato indossava, sulle parole che proferì, e sopra altri somiglianti particolarità; e sarà ben difficile che un giudice si dica convinto quando di due testimonj deponenti che A fu l'uccisore di B, l'uno dica che A indossava un mantello bianco e che vibrò a B per davanti un colpo di bastone sul capo, e l'altro invece dice che A portava un abito verde e che ferì B per di dietro con un pugnale. Tuttavia spesse volte il disaccordo può essere plausibilmente spiegato; così, se, p. e., il fatto consta di una lunga serie di circostanze particolari, uno de' testimonj può benissimo, nella confusione, non averne considerate alcune [29] e aver invece diretta la sua attenzione ad altre che il secondo testimonio non vide. E la contradizione è poi tanto meno pregiudicevole quando cade sopra circostanze accessorie, le quali si possono percepire in modo diverso dai diversi testimonj [30], e ponno facilmente essere sfuggite dopo lungo tempo dalla memoria [31].

† Una speciale considerazione merita il sistema inglese ed americano, quanto alle testimonianze d'*udito dire*, poichè le esclude espressamente, per l'aforisma che l'*orecchio non è la prova* (*a*). Vedine i motivi ed una eccezione a pag. 90 lett. *C* del presente volume. Perciò in Inghilterra si disapprova generalmente il costume vigente nei tribunali francesi, dove gli ufficiali di polizia vengono a deporre di ciò che hanno udito da altri intorno all'imputato, con questo di più che se si domanda loro da chi lo hanno

29 P. e., sul tenore di certi discorsi, o sui particolari d'una rissa tra più persone.

30 Se, p. e., il fatto avvenne sull'imbrunire, e se uno dei testimonj dice che A indossava un abito di color verde carico, mentre l'altro sostiene che quest'abito era bleu.

31 Quando, p. e., si tratta di stabilire se il fatto avvenne alle 7 piuttosto che alle 7 1/2.

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 572. — Greenleaf, *Tratt.*, vol. I, pag. 128; e l'opera dell'Autore *Il proc. pen. ingl.*, pag. 327.

saputo, rispondono di non poterlo dire perchè son cose confidate loro nelle funzioni d'ufficio (*b*) (*) †.

CAPITOLO XLV.

Valore della testimonianza.

Come si fa manifesto per le cose dette sinora sulla forza provante delle testimonianze, a convincere il giudice si richiede la deposizione di più persone [1], poichè gli è allora soltanto che le testimonianze si completano a vicenda; nè si saprebbe concepire come mai due persone, che son sentite separatamente, potessero accordarsi in tutti i più minuti particolari, qualora non avessero attinta la loro convinzione alla medesima fonte naturale, cioè alla percezione del fatto. Per questi motivi tutte le legislazioni che hanno voluto dare ai giudici una teoria di prove, hanno stabilita la massima che per poter proferire una sentenza di condanna si richiede la concorde testimonianza di almeno due testimonj [2]. E quantunque il diritto romano non contenga propriamente questa massima [3], e il diritto canonico non faccia che ripetere alcune regole tolte dalla Sacra Scrittura [4], e la Carolina dichiari [5] che per convincere il Giudice bastano due o tre buoni testimonj, pur si vede che la massima fondamentale è: potersi condannare unicamente all'appoggio di fatti deposti da due testimonj almeno [6]. Non

(*b*) Brauer nella *Gerichtssaal* 1857, n.° IV ha una bella memoria sui testimonj d'udito dire.

(*) La triste necessità in cui si trova la Polizia di valersi dei confidenti, ha dovuto determinare la legge a garantire a questi ultimi il segreto. Ma la legge austriaca non dà poi al deposto degli ufficiali di Polizia che si riportano al detto altrui maggior fede di quella che attribuisca ad altri testimonj d'udito dire — A.

1 Cremani, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 207. — Klein, *über den Zeugenbew.* (Della prova testim.) nella sua *Miscellanea*, fasc. III, pag. 49. — Globig, *Teor. della veros.*, vol. I, pag. 167. — Pratobevera, *materiali di legislaz.* Globig, *Censura rei judicialis*, vol. II, pag. 195. — Carmignani, *Teoria*, ecc., vol. IV, pag. 154 (Lib. IV, c. 9). Brugnòli, op. cit., § 259. (Si noti che qui si parla della prova testimoniale quando è sola. L'efficacia di una testimonianza *unica* verrà spiegata in seguito — A).

2 Cod. austr. (1805), § 409 (e Reg. attuale, § 269). Ord. crim. pruss., § 386. Cod. bav., art. 285.

3 Leg. 12, dig. *De testib.* (XXII, 5). « Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficiunt ». Leg. 9, Cod. *De testib.* (riferita già a pag. 368, nota 8).

4 C. 5, 10, 23, 25, 47, X. *De testibus.*

5 Art. 67, C. C. C.

6 Carpzov. *Prax. rer. crim.* Qu. 114, n.° 46. — Quistorp., § 705. — Tittmann, *Man.*, § 857.

è giusto però concluderne [7] che tutte le volte che un fatto è deposto da due testimonj, il giudice sia *obbligato* di tenerlo per vero; sarebbe una massima irragionevole, perchè due uomini potrebbero, volendo, collegarsi a far condannare una persona, sostenendo concordi aver essa commesso un reato. Il vero significato della regola è soltanto che il giudice non può condannare all'appoggio della prova testimoniale, quando i fatti essenziali non siano dimostrati colla deposizione di due testimonj almeno; ma che anche quando due testimonj depongono concordemente, il giudice non è ancora in obbligo di ritener veritiera la deposizione, ma dee invece esaminare se sianvi tutte le condizioni della credibilità delle testimonianze per modo da convincersi pienamente che i fatti deposti dai testimonj siano veri. Or siccome il giudice ha da decidere se ed in quanto egli creda idonei i testimonj, e se la loro deposizione apparisca verosimile, concordante con tutte le altre circostanze risultanti dagli atti, e costante, la sentenza viene in sostanza a dipendere dal criterio del giudice e dal suo intimo convincimento; perocchè non facendosi alcuna violenza nè alla sua coscienza nè alla sua convinzione, è ben certo che quand'anche, non due, ma tre testimonj affermassero la medesima cosa, il giudice non sarebbe ancora tenuto ad accettarla come certa. La massima adunque che per la prova testimoniale sia necessaria la deposizione di due testimonj, non è altro che una tutela accordata all'innocenza, coll'impedire che il giudice presti fede ciecamente a quello che depone un testimonio solo. Così se due testimonj depongono d'aver veduto sei anni sono A uccidere B e gettarne il cadavere nel fiume, ciò non basterebbe ancora per la condanna dell'imputato. E se anche fosse accertato che da molti anni B non fu più veduto, non ne resterebbe per questo provato il fatto in genere, poichè si dovrebbe ancora ricercare se A potesse avere un interesse a toglier di vita B, se in quel tempo egli fosse nelle vicinanze del luogo dove avvenne il preteso omicidio, e se sia tal uomo da cui potesse attendersi il fatto. Il giudice dovrebbe indagare minutamente altresì, se esistano anche altre prove dei fatti deposti dai testimonj, e se le loro de-

7 Come fanno gli scrittori francesi che voglion deridere la teoria germanica delle prove; tra gli altri Meyer, *Esprit. des instit.* ecc., vol. II, pag. 565, in nota.

posizioni s'accordino ne' più minuti particolari; e qualora abbia ancora qualche dubbio sulla verità della testimonianza, gli è facoltativo di non credere provato il fatto, a fronte che sia attestato da due testimonj.

Sopra quali oggetti dee poi cadere la deposizione di due testimonj? Intorno a ciò si rinnova spesso l'errore di credere che i testimonj debbano avere veduto coi loro proprj occhi tutti e singoli i particolari del fatto. Ma se, p. e., in una mischia di molte persone, due testimonj depongono d'aver veduto A piombare furibondo sopra B col pugnale sfoderato e gridando: Lo infilzo! — e subito dopo B cadde a terra esclamando: A mi ha ucciso, e videro infatti sgorgare il sangue dalla sua ferita, — si dovrà forse ancora dubitare che il fatto non sia dimostrato per mezzo di testimonj, sol perchè non hanno propriamente veduto penetrare il pugnale nel petto [8]? Sarebbe un errore; poichè è evidente bastare che la testimonianza si riferisca a quei fatti che sono tra di loro così connessi da presentare il reato in quistione come una necessaria conseguenza, avvegnachè se i testimonj hanno percepito alcuni fatti coi loro proprj sensi, gli altri fatti che stanno di mezzo risultano già da sè per legge di natura. Del pari se un testimonio depone d'aver veduto un tale aprir con rottura un armadio chiuso in cui v'era un orologio, e subito dopo vide l'orologio in mano di lui, si dirà forse non provato il fatto, pel motivo che il testimonio non vide il ladro prendere in mano e portar via l'orologio?

Le concorde deposizioni di due testimonj è sufficiente del resto a dimostrare qualunque specie di reato. Ma per ciò che riguarda il falso giuramento venne promosso il dubbio che due testimonj non bastino [9], pel motivo che siccome col giuramento prestato (in sede civile) si devono considerare provati i fatti in esso compresi, così i due testimonj che deponessero il contrario, non farebbero che addurre una prova contraria a quella preesistente, e perciò non basterebbero a distruggerla; per la qual cosa (dicono) sarebbero necessarj almeno tre testimonj a provare che il giuramento era falso. Ma la cosa va considerata sotto un di-

8 Vedi un caso notevole nelle cause celebri di Feuerbach, vol. II, pag. 658. (Anche i nostri giornali ne offrono parecchi esempi — A).

9 Schneider, *Abh. vom Bew.* (Diss. sulla prova) pag. 534. — Stubel, *Proc. crim.* § 910.

verso punto di vista. Tosto che è dimostrata la falsità dei fatti giurati, il giuramento è falso; ora suppongasi che Tizio giuri di non aver punto ricevuto da Cajo, ai 24 luglio 1820, cento fiorini a mutuo, e sianvi invece due testimonj i quali affermino d'aver veduta la numerazione del danaro, non v'ha dubbio che il giuramento è provato falso, poichè il giuramento prestato non è già *una prova* che stia in favore del giurante, sibbene una sua *affermazione*, per quanto solenne, sempre però unilaterale, la quale non ha pel giudice una legale efficacia se non fino a quando non vi siano prove contrarie [10].

Si domanda se con due testimonj si possa provare anche il fatto in genere, ossia il materiale del reato [11]. Bisogna separare la quistione in due parti: 1) se coi testimonj si possano dimostrare singole circostanze di fatto che appartengono al reato; 2) se i testimonj possano provare tutto il reato in sè medesimo, cioè così il fatto come l'autore. Quanto alla prima quistione non vi può essere difficoltà di sorta, e, p. e., non v'ha dubbio che con due testimonj si prova che una donna accusata di procurato aborto fosse da prima in istato di gravidanza (*), oppure che sia stato prodotto un documento falso. Quanto alla seconda poi gli scrittori, e massime gli antichi, erano assai rigorosi, tanto più che dominava l'opinione non potersi dimostrare il fatto in genere, se non col mezzo dell'ispezione oculare. Si richiamino qui le ragioni sviluppate più sopra [12] per dimostrare che anche la confessione può provare il fatto in genere; e la certezza che l'imputato ab-

10 Vedi la mia dissertazione nell'Arch. del dir. crim., vol. II, p. 114. — Pratobevera, loc. cit., pag. 224; e nella edizione di Verona *Della prova per giuram.*, pag. 103. — Giorn. d'Hitzig, fasc. 35, pag. 172. (Tale è anche la pratica generale. La deposizione di due testimonj, concorrendo tutte le condizioni del § 269, e nulla ostando in contrario ai termini del § 260 Reg. di proc. pen., fanno prova indubbiamente della falsità dei fatti giurati, ossia provano che i fatti avvennero in modo diverso da quello indicato nel giuramento, e per conseguenza provano la falsità di questo — A).

11 Brunnemann, *Proc. inquis.*, cap. VII, n.° 20. — Kleinschrod nel vecchio Arch. del dir. crim., vol. VI, pag. 10. — Stübel, *Proc. crim.*, vol. V, § 907.

(*) A dir vero i testimonj potran deporre unicamente sullo stato di ingrossamento del ventre, sulla cessazione dei mestrui e sopra altri somiglianti fenomeni; ma non ancora si potrà dir dimostrata la gravidanza, poichè è noto non essere quei segni argomenti indubitati; come del pari non sono indubitati i segni di un parto avvenuto, tranne il ritrovamento della placenta. Vedi su di ciò il caso singolare inserito nella *Gazz. dei Trib.* di Milano del 5 febb. 1859 — A.

12 Vedi nel capitolo XXXV di quest'opera.

bia commesso il reato, può raggiungersi per mezzo di testimonj a quel modo istesso con cui si può dir provato in tal modo un altro fatto qualunque, p. e., che un impiegato si sia lasciato corrompere; che C siasi permesso contro D una violenta opposizione; che E sia stato colto in adulterio con F, e simili. La sola difficoltà è questa, che se i testimonj che depongono del fatto, son anche quei medesimi che depongono sull'autore, non è più possibile di controllare le deposizioni testimoniali con altre prove. Certamente, quando i testimonj depongono che A ha ucciso B, la verità della loro deposizione è guarentita dall'essere concordante anche ne' più minuti particolari coi dati risultanti dalla sezione del cadavere, p. e., sul numero e sulla direzione delle ferite; intorno a che il timore che i testimonj si siano ingannati è tanto meno supponibile, perchè non si saprebbe come mai essi avrebbero potuto saper ciò che dicono, se non fossero stati presenti al fatto. Or qui, se mancano altre prove, bisogna dedurre da fonte diversa quella controlleria da cui viene assicurata la fiducia nelle deposizioni testimoniali [13]. E se ne ponno trovare argomenti nelle considerazioni che seguono:

a) L'essere dimostrato in modo indubbio il perchè il reato non dovesse lasciar tracce [14]; — *b*) l'essere stabilita con altre prove la verosimiglianza che il fatto sia realmente seguito; — *c*) l'accordo delle deposizioni testimoniali fin nelle minime circostanze, quando sia allontanato il dubbio di un malizioso concerto, o di suggestioni altrui; — *d*) l'essersi dissipati gli argomenti di dubbio che sorgevano contro i testimonj [15]; — *e*) l'aver essi deposto in modo completo sopra tutti i fatti costituenti il reato [16]. Se poi, a ben conoscere il fatto fossero necessarie ispezioni tecniche [17], ma

13 *Proc. pen. ted.*, § 165.

14 Se, p. e., due testimonj depongono d'aver veduto A uccidere B in un bosco e seppellirne il cadavere, ma poi in quel luogo non si trovano ossa, il fatto non potrebbe dirsi provato, a meno che non si dimostrasse, col mezzo di periti, che, avuto riguardo alla qualità particolare del terreno che accelera la decomposizione, ed al lasso del tempo, non doveva essere rimasta traccia alcuna del cadavere.

15 Come se, p. e., altri testimonj avessero veduto l'imputato entrar nel bosco col preteso morto, ed indi lo avessero veduto uscirne solo.

16 Per altro si noti che ove, p. e., non sia escogitabile alcuna causa la quale abbia spinto l'imputato a commettere il delitto deposto dai testimonj, non si potrebbe accogliere con sicurezza la loro deposizione.

17 Se i testimonj potessero dire soltanto d'aver veduto A a dar tre colpi di scure sul capo a B e quest'ultimo cadere a terra, ed indi fossero fuggiti, non ancora si potrebbe dire provato che B fosse stato *ucciso*.

queste non siano state assunte, si potrà accontentarsi delle deposizioni dei testimonj sol quando le circostanze di fatto da loro addotte o le altre prove emerse dal processo, vengano a dissipare i dubbj, che sorgono dalla mancanza di cotali ispezioni [18]. Così, a modo d'esempio, se fosse dimostrato *per mezzo di periti* che la sostanza che i testimonj videro somministrata a Tizio era arsenico, questa deposizione dei testimonj può bastare a far prova del fatto in genere (dell'avvelenamento), benchè d'altra parte non possano affermare anch'essi che fosse propriamente arsenico [19]; oppure basterebbe che una posteriore indagine scientifica venisse in conferma della deposizione dei testimonj [20]; o che finalmente fossero dimostrati tali circostanze di fatto, le quali non lasciassero alcun dubbio che la persona che i testimonj dicono morta per aver preso arsenico, fosse effettivamente morta di veleno [21].

† In quelle legislazioni che hanno abolita la teoria delle prove, furono riformate anche le prescrizioni relative al numero dei testimonj; e però il Codice francese, all'articolo 342, avverte i giurati che non devono cercare *quanti* testimonj vi siano, dacchè, sotto certe circostanze, anche uno solo può far piena prova quando la sua deposizione sia corroborata da altre prove. Nel Reg. austr. poi, che è tra le legislazioni che conservano una teoria legale di prove, è bensì stabilito nel § 269, che a far prova è necessaria la deposizione di due testimonj almeno, ma poi il § 270 ammette che in parecchi casi basti quella d'uno

18 Se, p. e., due altri testimonj affermino che A diede arsenico a B.

19 P. e., i testimonj dicono d'aver veduto l'imputato versare in una bevanda somministrata a B una polvere bianca che era in una carta oscura suggellata col timbro dello speziale e ciò nel 24 maggio; e lo speziale poi depone che ai 23 di quel mese l'imputato comperò da lui dell'arsenico, che i suoi giovani di negozio involsero in una carta oscura e suggellarono col timbro della farmacia.

20 P. e., i testimonj depongono che l'imputato tolse una polvere da un involto che ne conteneva tre e la mescolò in una bevanda data ad A. Nel luogo da loro indicato vien trovato quell'involto contenente due polveri, e dalla perizia chimica è dimostrato che sono d'arsenico. (A dir vero ciò non basterebbe ancora, poichè non è provato e appena appena può essere *presunto*, che la terza polvere somministrata fosse uguale alle due che sopravanzarono — A.)

21 P. e., i testimonj depongono che A mescolò dell'arsenico nella limonata che diede a bevere a B, il quale era sano; ed è provato che subito dopo B si sentì male; sintomi poi della malattia, e i fenomeni che accompagnarono la morte fan concludere che B sia morto di veleno.

solo (*). — Nel diritto inglese avvi questo di particolare che se si tratta di alto tradimento è richiesta la deposizione di due testimonj (*a*). — Il Codice di Malta stabilisce nell'art. 547 che non è prescritto un dato numero di testimonj, e che anche uno solo, quando merita fede, può far piena prova; ma poi nell' art. 548 soggiunge che nessuno potrà essere convinto di calunnia, falsa testimonianza o spergiurò sulla nuda testimonianza di un solo testimonio che contradica il fatto da prima giurato dal prevenuto, ma che si richiederà in tal caso il concorso di altre prove. Così pure un solo testimonio non basta quando si tratti di delitti contro la sicurezza del Governo; tuttavia posson bastare due testimonj isolati, ciascuno dei quali deponga di fatti importanti costituenti il delitto medesimo. †

E venendo a parlare della deposizione di un testimonio unico, scaturisce già dalle ragioni addotte sin qui non essere sufficiente per somministrare al giudice la necessaria convinzione; e infatti le leggi, provvedendo alla sicurezza dell'innocenza, hanno vietato di condannare sulla deposizione di un solo [22]. Fino a che era in vigore il sistema della tortura, la testimonianza d' un solo produceva l' effetto che l'accusato poteva esservi sottoposto [23]; ma dopo che la tortura fu abolita, può produrre soltanto una verisimiglianza, la quale, nel corso del processo, serve a giustificare certi passi ulteriori. Che se poi vi si aggiungano altre prove di genere diverso, secondo le regole della prova composta, anche la testimonianza d'un solo concorre a formar piena prova. — Nessuna eccezione, del resto, ammettono le leggi tedesche al principio che una testimonianza unica non è sufficiente; e se v' hanno talune leggi particolari che in certi reati [24] attribuiscono piena fede agli ufficiali di Giustizia ed agli impiegati publici [25], non meritano però d'essere lodate. Cotali disposizioni nacquero dal timore che certi reati, commessi in presenza di un impiegato solo

(*) In parte questo § fu già riferito. Il rimanente lo sarà ai debiti luoghi.

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 679. — Greenleaf, *Tratt.*, vol. I, pag. 335.

22 Leg. 12 Dig. *De testib.*, e leg. 9 cod. *de testib.* (già riportate). Ordin. crim. pruss., § 198, Cod. Bav., art. 286.

23 C. C. C. art. 23.

24 P. e., nel furto violento (rapina), e nella corruzione. Cod. Bav., art. 445.

25 Così afferma anche Quistorp, §§ 695 e 705. — Stubel, *Dir. crim.*, vol. V, § 908.

(p. e., la tentata corruzione) restassero impuniti, ma è pur sempre vero che contradicono ai principj regolatori della prova testimoniale [26], poichè alle isolate testimonianze manca la controlleria necessaria. Il publico funzionario e l'ufficiale di Giustizia son uomini anch'essi, e per conseguenza soggetti essi pure a cadere nell'illusione o negli altri difetti dell'umana natura; e in loro come negli altri la fantasia può frammischiarsi alle memorie, e la passione esercitare una influenza, fors'anche inavvertita al testimonio istesso [27]. Il giuramento d'ufficio perde col tempo la sua efficacia, e in ogni modo non è che un giuramento promissorio. Non di rado l'impiegato che sia testimonio di un fatto, ne resta profondamente commosso [28], in guisa che la sua attenzione è resa impotente. Nè dalla massima che gli atti d'ufficio hanno in loro favore una presunzione di legalità, e che perciò fanno piena prova, si può concludere che anche l'impiegato personalmente, quando interviene come testimonio, possa pretendere a quella piena fede che è dovuta a tali atti [29]. Del resto anche in quei paesi dove la testimonianza dell'impiegato si considera pienprovante, cessa però d'aver forza quando l'impiegato figura come offeso, o quando siavi fondato motivo di dubitare che non potesse aver tutto ed esattamente veduto.

CAPITOLO XLVI.

Degli effetti di più testimonianze sospette.

Si è lungamente disputato se il numero dei testimonj sospetti possa compensare il difetto di credibilità di ognu-

26 C. C. C., art. 91. Hofacker, *Jahrb. der Gesetzgeb.* (*Ann. di legisl.*), vol. II, pag. 428. Gesterding, Raccolta ecc., vol. I, pag. 178.

27 Le conseguenze di quell'opinione che attribuisce piena fede alla deposizione d'un impiegato, fecero senso anche agli scrittori che la difendono, poichè si limitano a volerla applicata nei casi dei reati minori. Tittmann, *Man.*, vol. III, pag. 531. (A questa idea si accostò il Reg. Aust. disponendo nel § 426 che *in casi di contravvenzione* l'attestazione di un impiegato od inserviente dello Stato o comunale giurato, intorno ad un oggetto commesso alla sua sorveglianza, può formare prova legale in quanto non sia resa dubbia per qualche circostanza, nel caso ch'egli affermi d'aver colto l'imputato sul fatto, e di averlo tosto ammonito o preso in arresto — A).

28 P. e., se gli fu fatta violenta opposizione o se venne ferito.

29 Vedi c. 22, X *De elect.*, c. 19, X. *De appellat.* Linde, *Giorn. di dir. civ.*, vol. III, pag. 181. Heffter, *Lehrb. des criminalr.* (Man. di dir. Crim.), pag. 624.

no [1], come quando, p. e., quattro di essi depongono concordemente un medesimo fatto. A tal domanda, esposta in tali termini, dobbiam rispondere negativamente [2], non parendoci punto possibile di trasportar nel campo delle facoltà morali un calcolo matematico (*); nè provenendo alcuna maggiore efficacia al detto di un testimonio sospetto, per ciò solo che un altro testimonio d'ugual natura affermi lo stesso, dacchè manca pur sempre una testimonianza veramente credibile che serva di riprova delle altre. Si immagini il caso che di quattro testimonj, uno sia stato incarcerato più volte per reati commessi e conduca una pessima vita, l' altro abbia ricevuto danaro per la deposizione che doveva fare, il terzo sia nemico dell' imputato, e il quarto finalmente sia prossimo congiunto del danneggiato; e si ammetta pure che depongano tutti ad un modo. Chi mai si dirà pienamente convinto per la loro deposizione, benchè concorde? Un testimonio sospetto non può colla sua deposizione accrescer fede agli altri; e siccome la deposizione d' ognuno di essi può tutt' al più equipararsi a un indizio, il concorso degli indizj non può da solo, senz'altri argomenti di prova, produrre certezza. La regola adunque che quattro testimonj sospetti possano formar piena prova, deve dirsi erronea, presa nella sua generalità [3]. Qualora si domandi poi se *sotto date circostanze* si possa far piena prova anche col mezzo di testimonj sospetti [4], allora possiam rispondere affermativamente [5]; avvegnachè il motivo che rende sospetto un testimonio consiste in una presunzione, il cui valore e la cui efficacia non può punto determinarsi in generale, sibbene di caso in caso, con riguardo alle circostanze particolari. Così, a cagion d' esempio, noi presumiamo che chi fu una volta condannato criminalmente, non abbia quelle qualità morali da cui dipende la fiducia nella testi-

1 Eisenhard, nel vecchio Arch. del Dir. Crim., vol. III, fasc. I, pag. 101. Ranft, *Ueber Beweis* (Della Prova) § 124.

2 Quistorp, § 706. — Struben, *Rechtl. Bedenk.* (Studi giuridici.) Vol. II, n.° 4.

(*) S'intenda quanto alle deduzioni da trarsene circa l' individuo, perchè se si tratta delle masse, è possibile anche nel campo delle facoltà morali instituir dei calcoli assai precisi, come dimostrò egregiamente Quetelet nelle sue opere di statistica morale — A.

3 Giusta l'Ord. crim. pruss., § 587, i testimonj sospetti non possono in nessun caso formar piena prova.

4 E infatti il Cod. Bav., art. 289 lo permette.

5 Carmignani però lo nega troppo ricisamente nella sua *Teoria*, vol. IV, pag. 165. (Lib. IV, c. 9.)

monianza, e che perciò anche nel caso attuale, dominato da' suoi sentimenti immorali, abbia mentito. Ma se il testimonio avesse subìta quella pena vent' anni fa, e per un reato commesso per leggerezza o per impeto, e dopo d'allora si fosse comportato in modo esemplare, in guisa che i suoi concittadini riconoscessero unanimemente la sua probità, anche il giudice dovrebbe pur accettarlo come testimonio provante, senza riguardo alla pena subìta (*). Sta dunque a vedersi se le circostanze particolari del caso facciano scomparire la presunzione che sussisterebbe contro il testimonio per le sue qualità personali [6]; e se la concordanza delle deposizioni sia veramente tranquillante. Sotto il primo rapporto bisogna distinguere se il testimonio apparisca sospetto in forza di un qualche motivo personale [7], che renda dubbio il suo amore della verità in generale, oppure se il sospetto dipenda unicamente da un motivo che faccia supporre non voler esso deporre in aggravio di una data persona [8], o voler anzi asserir una cosa contro verità [9]. Nel primo caso si dee andar molto cauti prima di credere che il testimonio, in forza del presunto difetto, non voglia esser sincero; poichè s'egli si fosse veramente corretto [10], o se, quantunque di condotta sviata, pur sentisse vivamente il dovere di deporre con verità, i giudici potrebbero anche trovarsi indotti a dargli fede. Nel secondo caso poi il dubbio svanisce allorquando o il testimonio ha veramente deposto in senso contrario a quel movente che pareva renderlo so-

(*) Vedi più sopra a pag. 397 la nota * da cui risulta che per la legge austriaca il testimonio che ha già subìta la pena, riacquista la piena capacità a far testimonianza *ed a giurare* la sua deposizione, a meno che il reato pel quale fu punito sia stato una falsa testimonianza od un falso giuramento, poichè allora perde *per sempre* la capacità a giurare, e la sua testimonianza rimane sospetta *per sempre* — A.

6 Stubel, op. cit., vol. V, pag. 915. — Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 532. — Friedreich, nel Giorn. di Zurhein, vol. II, pag. 41. (Secondo il Reg. Austr., come già si è accennato, i testimonj che non sono ammessi a giurare non possono mai formare piena prova. Il § 140 n.° 3 dichiara essere una prova *incompleta* la deposizione di due testimonj non giurati. Non si parla della deposizione di *più di due*, ma nel silenzio della legge non è permesso di creare un mezzo di prova che la legge non annovera. Tuttavia potrebbe proporsi il quesito se *quattro* testimonj non giurati costituiscano *due prove incomplete*. Noi riteniamo di no, come diremo più diffusamente nel capitolo delle prove incomplete — A).

7 P. e., per essere stato punito per delitto, o per essere di cattiva condotta.

8 P. e., d'un parente.

9 Se, p. e., il testimonio ha interesse che si condanni l'accusato.

10 Su di ciò giova spesso sentire da altri testimonj qual fama corra sul conto di quello che è sospetto.

spetto, dimostrando così che non si lasciò indurre a deviare dal vero [11]; — o le circostanze particolari del caso comprovano non aver avuto positiva efficacia sul testimonio quelle cagioni per le quali in astratto si dubita della imparzialità [12]; — o il testimonio ha una condotta sì buona, che si deve esser convinti, non ascoltar egli altra voce che quella del suo dovere.

Quanto poi all'accordo tra le deposizioni dei testimonj sospetti, sarà un titolo per attribuir loro credenza, semprechè: *a*) si riferisca a quei punti che i testimonj non avrebbero potuto conoscere, ove non fossero stati presenti al fatto; — *b*) questi punti siano dimostrati sussistenti anche da altre prove od amminicoli; — *c*) non sianvi state suggestioni; e *d*) finalmente sia dissipato ogni dubbio d'un malizioso concerto [13].

† Queste regole sul valore delle deposizioni di più testimonj sospetti hanno importanza ed efficacia soltanto in una legislazione che ammette la teoria delle prove, perchè tendono ad allontanare i dubbj che potrebbero sorgere dalle prescrizioni relative ai testimonj inabili e sospetti ed al numero di testimonj richiesto per la prova. Ma dove la teoria delle prove fu abolita, cessò anche l'importanza delle regole suesposte; anzi la legislazione austriaca, a fronte che abbia una teoria di prove, non contiene più alcuna disposizione sui testimonj sospetti. E ben fece, poichè i giudici restano liberi di valersi per loro guida delle regole che somministra la scienza, e che noi abbiam cercato di esporre †.

CAPITOLO XLVII.

Delle contradizioni tra i testimonj.

Allorquando più deposizioni testimoniali si contradicono tra di loro, non si dee credere di poter fare una operazione matematica, sommando cioè quelle che stanno da un lato e quelle che stanno dall'altro, allo scopo di determinare il proprio convincimento per quella opinione a cui favore

11 Come quando un parente depone contro un parente.

12 P. e., quando il parente sia vissuto da lungo tempo in tali rapporti coll'accusato, da far credere che regni tra di loro la massima indifferenza.

13 P. e., i quattro i testimonj sono intimi amici tra di loro, ed è provato che prima di deporre ebbero varie conferenze insieme; certo la loro unanimità varrebbe assai meno.

sta il maggior numero [1]; imperocchè le testimonianze non si ponno sommare come i numeri. E infatti ciò che serve a convincere il giudice si è la attenta ponderazione fin delle più picciole circostanze, e di tutti gli elementi che costituiscono la credibilità. Or si distinguano in questo riguardo diverse ipotesi:

I. Se le deposizioni testimoniali, quantunque di diverso tenore, pur possono sussistere e conciliarsi insieme [2], senza che per questo una debba dirsi insincera [3], convien badare attentamente se per avventura non si riferiscano a circostanze diverse del medesimo fatto, p. e., a diversi periodi di tempo, poichè allora ponno esser vere e le une e le altre, nè può dirsi che esista ancora contradizione effettiva.

II. Se le deposizioni son tra di loro diverse, perchè concernono tutte separatamente circostanze che appartengono al fatto principale, per modo che l'una serve di complemento all'altra [4]; allora non solo non v'ha contradizione, ma anzi le diverse deposizioni son di molta importanza affinchè il giudice, valendosi delle regole della prova artificiale, possa trarre una certezza dal concorso di quei fatti che s'intrecciano gli uni cogli altri.

III. Che se, al contrario, le deposizioni testimoniali sono tra di loro in tale opposizione, da non poter sussistere in-

1 Così, se, a modo d'esempio, tre testimonj depongono che A proferì certe parole, e due altri asseriscono il contrario, non si può sottrarre i due dai tre, e dir che vi sia una prova semipiena dell'affermativa, perchè residua un testimonio in favore.

2 Questo caso era denominato dai pratici antichi *Singularitas testium diversificativa*. Vedi Farinacius, *De testibus*, Qu. 64. Georgi, *De teste singulari*. Argent. 1722. — Leyser, Spec. 287. Cremani, *Elem.* Vol. III, pag. 210. Ranft, *Vom. Bew.* (Della Prova), § 115. — Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 554.

3 Come quando, trattandosi di una rissa, due testimonj depongono d'aver veduto A recare una ferita a B, e due altri videro C recar una ferita allo stesso B. (Se però risultasse che B aveva ricevuta una ferita *sola* in quella rissa, le deposizioni sarebbero veramente contradittorie perchè i primi testimonj ne direbbero autore A, e gli altri C. — A.)

4 Suppongasi che A abbia sentito B dire ad un suo compagno che voleva ammazzare C per vendicarsi; che D lo abbia veduto caricare una pistola; E, a porsi in agguato; F, a sparare la pistola; G sia sopraggiunto mentre C cadeva morto ed abbia veduto B a fuggire, ed H finalmente abbia raccolta la pistola. Gli antichi criminalisti dicevano questa una *Singularitas testium adminiculativa*. E così infatti il § 270, n.o 4 del Reg. Austr., dispone: « Se un reato venne ripetuto più volte o continuato per un tratto notevole di tempo od in più riprese, ciascuna delle singole ripetizioni o riprese può ritenersi per provata anche colla deposizione di un solo testimone, sempre che tali circostanze di fatto sieno confermate da più di due testimoni isolati, le cui asserzioni non si contradicano fra loro, e le circostanze di fatto per tal modo confermate stiano fra sè in connessione ».

sieme [5], sicchè una debba essere indubbiamente falsa [6], in questo caso si avrà la vera contradizione. Ed ecco sorgere allora il dubbio nell'animo del giudice, poichè la certezza non esiste se non a condizione che siano rimossi tutti i motivi che stanno in favor del contrario; epperò quando i testimonj sono in vera contradizione tra di loro, non si può accettare nessun fatto siccome certo, dacchè v' ha una opposta testimonianza che afferma il contrario. Converrà pertanto esaminare con diligenza quanta fede possano meritare i testimonj [7]. Ora è ben naturale che si presti maggior fede alla deposizione dei testimonj pienamente idonei, che non a quella degli inabili o dei sospetti; e se due uomini intemerati e degni di fede sotto ogni rapporto ci assicurano d'aver veduto un fatto, noi non possiamo lasciarci trarre in errore dalle diverse deposizioni d'altri, se questi siano di cattiva condotta, od abbiano persino commesso qualche reato. E nell'istessa maniera il giudice deve esaminare quale tra più testimonj, benchè in massima idonei, sia il più credibile; nel che gli gioveranno le regole indicate più sopra nel capitolo XLIII. Epperò la deposizione chiara e precisa di un testimonio d'austera rettitudine, e di notoria esattezza, meriterà maggior fede che non quella di chi ha un carattere notoriamente leggiero, o che si mostra incerto ed incoerente.

Quanto più adunque i testimonj che contradicono alla deposizione di altri, son degni di fede, tanto più ne resta affievolita da credibilità di questi ultimi, e il loro accordo rende vieppiù forte il dubbio nell' animo del giudice [8].

Ma oltre all' esaminare la credibilità personale dei testimonj, il giudice dovrà occuparsi accuratamente del tenore delle loro deposizioni; perocchè non v' ha dubbio ch' egli dovrà credere di preferenza a quella che è più verosimile e che più delle altre s' accorda colle altre prove e colle circostanze del fatto. Or chi non vede che anche in questo confronto delle diverse deposizioni il giudice decide non

5 Detta dai criminalisti *Singularitas obstativa*.

6 P. e., due testimonj depongono d'aver veduto A immergere un pugnale nel petto di B, alle ore 6; e due altri depongono che precisamente A quell'ora C ammazzò B, e che invece A se ne stava seduto tranquillamente vicino a loro.

7 Che non si debba guardare soltanto al numero dei testimonj lo dice anche la Leg. 21, § 3 Dig. *De testibus*: « Non ad multitudinem respici oportet; sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit ». Glück, *Comment.* XXII, pag. 212.

8 Stubel, *Proc. crim.*, Vol. V, § 955. — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 550.

altrimenti che se appartenesse a un Giurì, indipendentemente perciò da qualsiasi teorica di prove [9]? Dovrà per altro guardarsi dall'errore assai comune, di prestare maggior fede ai testimonj che affermano, che non a quelli che negano, e per conseguenza dal ritenere insufficiente a distruggere la prova dell'affermativa, la deposizione d'un egual numero dei testimonj negativi. Quest'opinione [10] dipende dall'avere confuso i testimonj che negano (*negantes testes*), con quelli che dicono di non sapere ciò che lor si domanda (*nescientes*); e infatti è giusto che i testimonj, per quanti essi siano, i quali dicono di nulla sapere (perchè, p. e., o non erano presenti al fatto, o non l'hanno osservato) non influiscano punto e non valgano a distruggere la deposizione degli altri che assicurano d'aver veduto; ma la cosa è ben diversa quando i testimonj che negano certi fatti asseriti da altri, adducono altresì de' particolari [11], che vengono propriamente a contradire alla asserzione di questi ultimi [12]; — o quando spiegano la ragione della loro negativa, dimostrando che se i fatti asseriti fossero realmente avvenuti, essi, pei rapporti in cui si trovavano, avrebbero dovuto necessariamente vederli [13]; — o quando finalmente ciò che negano li riguarda personalmente, senza che però siano testimonj sospetti [14].

Del resto, nei casi di vera contradizione e di vero dubbio, la miglior regola sarà che il giudice tenga per vero ciò che torna più favorevole per l'imputato [15].

† Anche in questo argomento poi torna in acconcio l'osservazione che fu aggiunta in fine al cap. XLVI (*a*) † (*)

9 Così in sostanza dispongono le nuove leggi che danno massime generali.

10 Vedi Globig, *Theorie der Wahrscheinlichkeit.* (Teor. della veris.), P.e I, p. 187. — Stubel, op. cit., § 950. — Tittmann, *Man.* P.e III, p. 556.

11 Kleinschrod, nel nuovo Arch. del dir. Crim. Vol. III.

12 P. e., due testimonj depongono che addì 14 di luglio alle ore 6 A commise un certo reato, e due altri depongono invece che in quel giorno dalle 4 sino alle 8 ore, A non si è mosso dal loro fianco.

13 Se, p. e., vien imputato A come partecipe d'una rissa, mentre che due testimonj depongono che durante tutta la rissa stette sempre con loro.

14 P. e., se l'imputato asserisce d'aver avuta una certa cosa in dono da B, il quale dichiara che non è vero.

15 Così il cod. Pruss., art. 390 e il Bav., art. 295. (E così in sostanza anche il § 260 del Reg. Austr. già riferito a pag. 76 nota ***).

(*a*) Kitka, *Beweislehre* (Teor. della prova), pag. 250; e un articolo nella Gazz. dei Trib. di Vienna 1854.

(*) Crediamo inutile di riferire una aggiunta che si legge a pag. 389 della edizione francese, perchè le notizie e le osservazioni ivi comprese vennero rifuse in parecchie aggiunte, che figurano ora nella presente traduzione italiana — A.

PARTE SESTA.

DELLA PROVA PER MEZZO DI DOCUMENTI

CAPITOLO XLVIII.

Natura della prova per documenti.

Anche nel processo penale v' hanno de' fatti, per dimostrare i quali si fa uso di documenti. Diconsi *documenti* [1], tanto quegli oggetti inanimati [2] che *possono* adoperarsi a provare un avvenimento [3], quanto quelli che furono espressamente eretti *allo scopo* di servire di prova di certi fatti. Questi ultimi diconsi documenti in istretto senso. Tali sono: *a*) i monumenti (*monumenta*) costruiti a conservar la memoria d'un dato avvenimento [4] od a indicare per simboli un dato diritto [5]; — *b*) gli scritti (*documenta*, nel senso più rigoroso), cioè dichiarazioni scritte atte a far

1 Vedi su di ciò le recenti investigazioni sul processo civile e precipuamente Gesterding, *Ausbeute von Nachforschungen* (Racc. di mem.), P.e I, pag. 245 e Günther, *De documenti notione recte constituenda.* Lips 1850. † Brugnòli, op. cit. P.e II, cap. IV, § 326 e segg. Schwarze nei nuovi Annali del dir. pen. sassone, vol. VII, 1853, pag. 37. Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 394. Si distingue sovente in Francia la prova precostituita, dalla prova letterale o istromentale, sebben di solito siano la stessa cosa. E infatti lo scritto è bensì il mezzo ordinario di precostituire la prova, ma non il solo (e, p. e., le tessere son prove precostituite ma non scritte). È poi cagione di difficoltà il veder adoperate ugualmente la parola *titre* e la parola *acte*. Del resto sulla prova per documenti nel processo penale, vedi Helie, *Instr. crim.*, vol. V, pag. 626, e vol. VII, pag. 711.

2 Per contrapposto ai testimonj.

3 P. e., nel luogo dove erano state deposte delle materie combustibili si trovano pezzi di legno arsi da poco. Provano che fu fatto fuoco.

4 Quali sono le tombe.

5 Come le pietre terminali, gli stemmi, ecc.

prova della verità di un fatto [6]; e queste poi o sono precisamente destinate a servire in seguito a siffatto scopo [7], o contengono talune indicazioni incidentali di cose dette o di fatti avvenuti, senza la mira di formarne un mezzo di prova [8].

La prova per documenti, o piuttosto l'uso dei documenti in una prova, interviene nel processo penale in più modi. Può darsi, cioè, 1.° che il reato in sè stesso risulti dal documento che fu eretto, in guisa che la sola ispezione di questo ne faccia prova [9]; — 2.° che il documento contenga una confessione *espressa* dell' imputato, d'aver commesso un dato misfatto [10]; — 3.° che la confessione vi sia soltanto *implicita* [11]; — 4.° che il documento contenga l'attestazione d' una persona circa il reato commesso da un' altra [12]; — 5.° che contenga l' esposizione d'un fatto da cui si può *dedurre* o che il reato (in genere) sia stato commesso [13], o che lo abbia commesso l'imputato [14]. † E può avvenire altresì: 6.° che il documento sia l' oggetto sul quale fu consumato il delitto, p. e., mediante sottrazione o soppressione; — 7.° che il documento sia stato eretto col mezzo di un delitto, p. e., allorchè taluno è costretto colla forza a stenderlo o firmarlo; — 8.° che il documento sia ad un tempo oggetto del reato e mezzo di prova, come quando un documento genuino viene falsificato. Come mezzo di prova poi un documento può valere o per provare il fatto in genere, come quando si tratta d' una provocazione o d' una ingiuria in scritto; — o per provarne l'autore; — o per provare singole circostanze, che influiscono sul giudizio di reità, p. e., la cattiva condotta o i cattivi principj dell' imputato †.

6 Sulla differenza tra monumenti e documenti, vedi HAGEMANN. *Prakt. Erört* (Ricerche pratiche), P.e II, pag. 125. — GÜNTHER, op. cit.

7 P. e., le ricognizioni di debito.

8 Così una lettera amorosa, un album e simili, ponno contenere indicazioni che lo scrivente non aveva in animo di far servire come prove.

9 Come nell' usura, nella diffamazione e simili.

10 P. e., se uno confida la cosa a un suo amico in una lettera, che poi viene in mano della giustizia.

11 P. e., taluno che è imputato d' un reato, scrive che già gli è pena sufficiente il rimorso che lo opprime.

12 Come quando taluno scrive a un suo amico d' essere stato testimonio d' un misfatto commesso da altri. (Se chi ha scritto può essere sentito in esame, allora la prova si converte in testimoniale; ma dato, p. e., che già fosse morto, importa sapere qual valore s'abbia da attribuire a quello scritto — A).

13 Come sarebbe una corrispondenza sospetta col nemico.

14 P. e., se nei libri di un negoziante si trovano delle raschiature.

Anche la forza provante dei documenti, chi ben la consideri, procede da un complesso di motivi che agiscono sul convincimento del giudice. Quel che decide è anzi tutto il documento in sè medesimo, come oggetto materiale che ha certe qualità. E già il veder che fu scritta una cosa sopra un documento colla intenzione, anzi verosimilmente collo scopo diretto, che avesse a servire permanentemente di prova, può indurre il giudice a credere [14 bis], che quella cosa ivi registrata sia vera, poichè è ben da presumere che colui che la scrisse avesse e previdenza e mente sana, anzi ancor più di colui che parlando si lascia sfuggire una parola. Ma d'altra parte l'esperienza insegna che non di rado si fan degli scritti allo scopo determinato di recar danno a qualcuno; e che per la facilità con cui si imitano i caratteri della mano, dee sempre temersi che siano stati imitati per farli attribuire falsamente ad altri. Di quì l'importanza delle forme esterne dei documenti [15]; circa le quali gioveranno due regole: 1.ª Che un documento non ha forza provante se non sia prodotto nella sua integrità, senza alcun segno visibile di alterazioni o mutilazioni; perocchè se un documento presenta raschiature od omissioni di linee, o se una metà ne è lacerata via, e simili, non può avere alcun valore. 2.ª Che in molti documenti si richiede anche una forma determinata, come condizione essenziale di forza provante [16]. E, p. e., non avrebbe nessun valore un atto giudiziale o notarile che non portasse la firma del publico ufficiale che lo ha steso, o che non avesse le impronte de' sigilli. È dunque necessario di vedere i documenti per poterne giudicare; e in quella guisa che nell'ispezione oculare il convincimento del giudice scaturisce dalla fede ch' esso dà a' suoi proprii sensi, così nell' esame dei documenti, la fiducia nei sensi è quella che ci fa persuasi avere il documento un dato significato, e avere altresì quelle forme esterne che valgono a guarentirne la fede.

Quanto poi al tenore dei documenti, convien distin-

14 (*bis*) Vedi ottime idee sul valore degli scritti e sulle ragioni di darvi fede in Bentham, *Rationale of judicial evidence* (Princ. della prova giudiz.), vol. I, pag. 429.

15 Vedi Reinhard, *De eo quod justum est circa probat. delict. per documenta.* Erford 1752; Boehmer ad Carpzov. Qu. 114. Kleinschrod nel vecchio Arch. del dir. crim., vol. V, fasc. 2. Rolin, *De delictor probat.*, pag. 94. Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 167 (Lib. IV, c. 10) La mia *Proc. pen. ted.*, § 91, 92, 167, 169.

16 Vedi anche Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 28, 50 e 249.

guere, come si è accennato più sopra, se il documento contenga il reato in sè medesimo, o se contenga soltanto delle indicazioni sul modo con cui il reato avvenne o sul suo autore, o dalle quali almeno si possano fare delle argomentazioni in proposito. Nel primo caso basta leggere il documento perchè o dal suo contenuto, o dal raffronto con altri fatti realmente seguiti [17], se ne deduca essersi commesso il reato; ed allora il giudice trae il suo convincimento e dai sensi e dal raziocinio insieme. Nel secondo caso, all'incontro, valgono le regole della testimonianza. E infatti noi teniamo per vero il contenuto di un documento, se abbiam de' motivi per credere a colui che lo ha scritto; ora, se si tratta di documento publico, l'imparzialità di cui presumiamo fornito l'impiegato o il publico ufficiale che lo stese, ci fa credere che esso abbia attestata unicamente la verità. Ma se il documento è privato, si risolve in una testimonianza scritta; epperò tutto dipende dalle qualità personali di chi lo ha rilasciato, sicchè se è persona degna di fede noi crediamo anche alla sua attestazione; e se il documento contiene una confessione del reato, noi ci diam fede sotto quelle condizioni per le quali crederemmo a chi lo scrisse, se, invece, avesse confessato a voce, essendochè lo scritto non sarebbe altro, in tal caso, che una testimonianza contro sè medesimo.

Or si dimanda ancor più determinatamente: se ed in quanto si possa proferire una sentenza di condanna all'appoggio dei documenti [18]. Sotto un certo aspetto potrebbe dirsi (almeno nel sistema di procedura scritta) che il mezzo unico e generale di prova è per l'appunto il documento; perchè infatti siccome il giudice che decide, non è quegli che si recò personalmente a far l'ispezione oculare, o che ha sentito personalmente i testimonj e l'imputato, ne viene ch'egli debba prestar fede unicamente ai protocolli assunti dal giudice inquirente [19]. Or questi sono

17 Come quando si dee decidere se sia vero che un documento fu falsificato.

18 Su di ciò si disputava grandemente tra gli antichi giuristi; ed erano contrarj alla prova per documenti Farinacio, *Rer. crim.*, Quæst. 84; — Mascard, *De probat.*, Quæst. V, n.° 14; — Clarus, *Sent.*, lib. 5, § fin. Quæst. 54. Erano all'incontro favorevoli Mathei, *De crimin.* Lib. 48, n.° 15, cap. 5; — Cremani, *Elem. jur. crim.*, lib. III, cap. 23, § 3. — Jousse, *Traité de la justice crim.*, vol. I, pag. 740-46.

19 Così nota anche Heffter nel suo *Lehrbuch* (Tratt.), § 624.

documenti publici; e sebbene egli proferisca la sentenza contro l'imputato per effetto della sua confessione o delle deposizioni testimoniali, pure non vi presta fede se non perchè i protocolli attestano, che e quella confessione e quelle testimonianze seguirono in giudizio. Se non che, sotto questo aspetto, il documento è un mezzo di prova d'un'altra prova, sicchè il giudice dee guardare alle qualità di quest' ultima per poter sentenziare; laonde, a dir vero, il giudice non condanna già pel motivo isolato che il protocollo d'ufficio attesti aver l'imputato fatta la confessione del suo delitto, sibbene pel motivo che codesta confessione ha tali caratteri che convincono il giudice della verità dei fatti confessati.

Se adunque la quistione vien proposta ne' seguenti termini: Può un documento bastare, al pari d'una confessione o di una testimonianza, a giustificar una sentenza di condanna, senza che occorra poi di avere altresì quella confessione e quella testimonianza nella loro vera natura? — non si può rispondere affermativamente [20]; ed anzi bisogna ammettere piuttosto che in tutti i casi in cui (sempre parlando del processo penale e non del civile) si adduce un documento in prova dei fatti, la pretesa prova per documenti si vien poi a risolvere in un'altra prova diversa, e la sentenza si proferisce secondo le regole di quest'ultima. Consideriamo infatti i diversi casi: 1.° Se il documento costituisce già da sè il reato su cui versa l'imputazione, allora il mezzo con cui il giudice si convince della realtà di esso consiste o nella lettura, che poi è una ispezione oculare [21], o nel ragionamento con cui pone a riscontro ciò che v' ha nel documento con altri fatti [22]. — 2.° Se poi col documento si tratta di dimostrare la reità dell' im-

20 Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 174 (Lib. IV, c. X) — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 507. — Reinhard, diss. cit., § 9. — Kleinschrod, op. cit., § 7. — Kitka, *Vom Thatbest.* (Della essenza di fatto), pag. 254. — Heffter, *Tratt.*, pag. 625. — Abegg, *Lehrb. des gem. Criminalproz.* (Tratt. del proc. crim. germ.) Königsberg, 1835, pag. 221.

21 Come nel libello ingiurioso. Reg. austr., § 272: « Un documento o scritto che contiene in sè il reato, p. e., un libello ingiurioso, un documento contraffatto o falsificato, od un punibile eccitamento per iscritto ad un crimine o delitto, può valere come prova legale del fatto costituente il reato, qualora ne sia provata l' origine dall' imputato, e non vi stia d'altronde nulla in contrario ».

22 P. e., per convincersi che il documento fu falsificato, bisogna confrontarlo con altri dati materiali.

putato, allora bisogna distinguere: *a*) Quando il documento contenga una confessione, è da por mente che è pur sempre una confessione stragiudiziale, sicchè non si può conoscere in quali circostanze fu fatta, nè convincersi che sia stata fatta colla debita serietà; epperò il giudice, anzichè accontentarsene, dovrà procurarsi una conferma dall'imputato in persona, che lo induca a prestar fede anche alla confessione contenuta nel documento. — *b*) Quando il documento sia una attestazione d' un terzo, che dichiari aver l'imputato commesso il misfatto, potrà essa tanto meno bastare pel giudice, in quanto che egli non dee tener conto che di testimonianze giurate, e deposte senza suggestioni, e da due testimonj almeno. Come potrà il giudice esser tranquillo sopra una testimonianza scritta, se non può conoscere che il testimonio abbia fatta quella sua dichiarazione veramente compreso delle conseguenze che ne potevano provenire, e libero da coazione od insinuazione altrui? (*) — *c*) Quando poi il documento contenga dei fatti da cui il giudice può *argomentare* che ne sussistano o ne siano sussistiti certi altri, in forza dei quali sorga poi l' imputazione a carico di taluno [23], o il legale sospetto che l'imputato abbia agito con una data intenzione [24]; allora tornano applicabili le regole della prova indiziaria, sicchè da prima è a vedersi se i fatti contenuti nel documento si possono dire provati [25]; e poi quali conclusioni se ne possono trarre.

(*) Il Reg. austr. al § 275 dice: « In quanto altri documenti o scritti (cioè diversi da quelli costituenti il reato) meritino fede come confessioni scritte, se provengono dall'imputato, e la meritino come testimonianze scritte, quando sono emessi da terze persone, si giudicherà giusta le norme date sulla prova composta (§§ 140 e 278-282) ». Dunque per sè medesimi questi documenti non bastano a far prova, ma possono concorrere a comporla. Siccome però della prova composta si parlerà nella P.e VIII, così riserbiamo a quel luogo l'esame dei citati passi di legge — A.

23 P. e., si trova una lettera con cui l'imputato prega colui che fu danneggiato col misfatto, a non voler provocare una procedura giudiziale, promettendo che egli cercherà di risarcirlo dei danni. (S'intende da sè che questa dichiarazione fonderebbe soltanto un *sospetto*, nè potrebbe aversi per una confessione implicita se non quando l'autor della lettera non sapesse darne altra spiegazione; poichè del resto potrebbe anche accadere che un padre sapendo aver suo figlio commesso un furto, cercasse d'indurre il derubato a porre la cosa in silenzio, e gli promettesse di risarcirlo, onde così salvare il proprio figlio — A).

24 Come se, p. e., l'imputato avesse scritto ad un suo confidente, poche ore prima di quella in cui il suo avversario fu ucciso, manifestandogli di essere determinato a vendicarsi del suo nemico.

25 P. e., se sia vero che l'imputato facesse una minaccia.

† Anche gli scrittori odierni contendono se possan darsi de' casi in cui una sentenza di condanna venga proferita unicamente all'appoggio di un documento (*a*), e generalmente ammettono che di solito la prova per documenti si risolve in una di genere diverso, come si disse. E del pari è regola generale che prima di far valere contro un imputato il tenore d'un documento, è necessario che ne sia dimostrata la genuinità. Non è poi del tutto impossibile escogitare dei casi, in cui, almeno apparentemente, la sentenza di condanna si fondi sulla sola confessione contenuta in un documento. Suppongasi che uno avesse prestato un giuramento in causa civile, e che l'avversario presentasse uno scritto di lui, in cui ammette il contrario di ciò che ha giurato, sicchè, stretto dall' evidente contradizione, confessasse (sempre nella causa civile) d'aver giurato il falso. Quel protocollo contenente questa sua confessione potrebbe al certo far prova anche nel processo penale; se non che subentrerebbe poi il dubbio se una confessione fatta nel civile possa aver forza provante (come confessione) anche nel penale (*). — E un altro caso sarebbe quello di un impiegato che confessasse in un atto d'ufficio, d'aver commesso un reato †.

La prova per documenti adunque non è altro che una modificazione della prova per confessione, per testimonj, e per ispezione oculare; ma siccome questa modificazione è bene spesso di molta importanza, così spiegasi come le leggi ne trattino separatamente; ed anche il diritto romano [26] porge più argomenti per ritenere che si proferissero sentenze di condanna, anche sul fondamento di prove scritte. L' ordinanza criminale (Carolina) non dice parola in proposito; nè i vecchi giureconsulti stimarono che la cosa fosse meritevole di speciale considerazione [27], e tra le leggi vec-

(*a*) Schwarze, mem. cit., pag. 41. — Rulf, *Commentar zur æster. Strafproz.* (Comm. del Reg. di Proc. pen. Austr.) Vienna, 1857. Vol. II, pag. 113. Egli sostiene per l'appunto che nel processo penale, la prova per documenti non sussiste da sè medesima.

(*) Non v'ha dubbio che secondo il Reg. austriaco (§ 264 lett. *e*) la confessione fatta nel foro civile è, nei rapporti penali, equiparata a quella fatta fuori di giudizio, e che perciò è una prova incompleta giusta il § 140, n.° 1 — A.

26 Leg. ult. cod. *de Prob.* (IV. 19) riferita già a pag. 11, n.° 13. Leg. 2 cod. *quor. appell. non recip.* (VII. 65) « æquum est testibus productis, *instrumentisque* prolatis, etc. ». Poi la leg. 22 Cod. *ad leg. Corn. de fals.* e leg. 15 Cod. *de fide instrum.* † Ed altre prove ne dà Geib, *Gesch. des röm. Strafproz.* (Storia del proc. pen. rom.), pag. 145, 552, e 645 †.

27 Vedi gli autori citati più sopra nella nota 18.

chie la sola bavarese [28] contempla la prova per documenti. Gli è soltanto nei codici moderni che trovansi per la prima volta disposizioni speciali; ma quelle del Codice austriaco (del 1803) sono ancora assai incomplete [29], forse perchè non vi si considera la prova per documenti come prova a sè [30]; anzi si occupano quasi unicamente dei documenti publici [31] e della forza provante loro attribuita [32]. L'Ord. Crim. pruss. s'attiene in generale alle disposizioni del processo civile, e contiene soltanto un pajo di articoli sulle ricognizioni delle firme, e sulla comparazione dei caratteri [33]. Il Cod. Bavarese tratta separatamente del modo di raccogliere i documenti e di stabilirne la genuinità [34], e della forza provante che vi attribuisce; ma in ciò poi si limita ad alcune poche regole concernenti i casi più importanti [35]. Nel Codice francese d'istruz. crim. trovansi soltanto alcune magre disposizioni circa l'obbligo del giudice istruttore di rintracciare i documenti che ponno influir sulla prova [36]; poi si occupa della produzione dei documenti all'udienza, e finalmente [37] statuisce la procedura da osservarsi allorquando un documento venga impugnato per falso [38].

Ben più importanti son le spiegazioni che danno su questo argomento le opere inglesi, poichè entrano in molti minuti particolari che indarno si cercherebbero nelle opere tedesche, p. e., sulla forza provante delle diverse specie di documenti publici [39], degli atti ufficiali del Governo,

28 Ord. Bav. sopra i malefizj, 1616, Tit. IV, art. 3.

29 Kitka, *Ueber Erheb.* (Della constataz. del fatto), pag. 256. — Zeiller, Annali, ecc., vol. II, pag. 44. Jenull, Dir. crim. austr., vol. IV, pag. 99.

30 Il Cod. Pen. Austr. del 1803 al § 262 lett. *e* considerava come *indizio* le lettere od altri scritti di mano dell'imputato, che secondo il lor senso naturale danno a conoscere aver egli commesso il delitto. E la Pat. Sov. 6 luglio 1853 al § 4 dichiarava parimenti *indizio* la confessione volontaria stragiudiziale in voce *od in scritto*.

31 Nel § 405 dichiarava pienprovanti i protocolli giudiziali. Il § 406 poi diceva: « I publici documenti (d'ufficio) sono in generale da ritenersi come facienti legal prova di ciò che contengono, ad eccezione del caso in cui chi rilascia un simil documento tragga profitto dall'attestazione, od allontani da sè una responsabilità o un danno, e sia perciò implicato in cosa su cui s'aggira l'inquisizione ». Si confrontino queste disposizioni con quelle dei §§ 272-276 del nuovo Reg. 1855.

32 Jenull e Kitka, op. e loc. cit.

33 Ord. Crim. pruss., §§ 382-384.

34 Cod. Bav., art. 246-250.

35 Cod. Bav., art. 298-307.

36 Code d'instr. crim., art. 87-90.

37 Code, art. 529.

38 Code, art. 448 e seg.

39 Vedi principalmente Phillips, *A treatise on the law of evidence.* (Tratt. sulla legge della prova). Vol. I, pag. 516-578.

e delle sentenze giudiziali, come pure delle diverse specie di documenti privati; sulla forza provante dei documenti antichi, sulla prova della genuinità dei documenti, e sulla comparazione dei caratteri [40]. Tale è anche lo spirito del Codice della prova di Livingston [41], dove anzi si può dire che son compendiate le opinioni dominanti in Inghilterra.

Aggiunta inedita.

Anche rispetto alla prova per documenti si dee distinguere, tra le nuove legislazioni, quelle che conservano una teoria di prove, da quelle che l'hanno abolita. — Incominciando dalle prime, merita somma attenzione il Reg. Austr. del 1853. Già furono riferiti più sopra a p. 451 e 452 i §§ 272 e 273; dove è da notare che il giudice non è obbligato ad attribuir fede ai documenti, ed anzi così in questa come in ogni altra prova egli è pienamente libero. Poi seguono i §§ 274-276 concernenti la prova della genuinità dei documenti, e la prova per documenti publici (*a*), e finalmente nel § 277 è dichiarato che le attestazioni di singoli impiegati sono parificate alle deposizioni di un altro testimonio qualunque, ancorchè risguardino cose d'ufficio (*b*).

Appartengono a questa classe anche quelle legislazioni

40 Son molto importanti anche le indagini fatte da Bentham, *Rationale*, ecc. (Princ.) Vol. II, pag. 435.

41 Nuovo Arch. del Dir. Crim. Vol. XII, pag. 516.

(*a*) § 274: « Impugnandosi la genuinità di un documento o scritto, questa debb'essere provata. È rimesso al criterio del Giudice il decidere in quanto la perizia mediante comparazione dei caratteri possa, con riguardo alle altre circostanze, stabilire la prova legale della genuinità di un documento o scritto. Se l'imputato riconosce per propria la sottoscrizione apparente sopra un documento o scritto, ma nega poi che il tenore provenga da lui, o che egli lo abbia conosciuto, spetta al Giudice di ponderare la credibilità di tale asserzione. — § 275: I certificati estratti dai registri delle nascite, dei matrimonii o delle morti, ed altri documenti publici, cioè tali che vengano rilasciati da un publico Ufficio od anche soltanto da un impiegato abilitato alla spedizione di tali documenti e vincolato con giuramento in forza del suo ufficio, si considereranno come prove legali del fatto, sopra cui furono eretti, qualora chi li emette non abbia ad aspettare vantaggio o danno da questo atto di suo ufficio, e non insorgano d'altronde fondati dubbj contro l'attendibilità di tale documento. — § 276: Colle stesse limitazioni anche i protocolli assunti dal giudice inquirente, o da altra Autorità che procede in suo nome, e dal Tribunale, saranno riguardati come prove legali delle operazioni d'ufficio che vi sono registrate ». Il Prof. Rulf, trova questi §§ mal redatti.

(*b*) Si vede adunque che il legislatore trova ammissibile la controprova anche a fronte di publici documenti. Rulf, pag. 118, op. cit.

che hanno abolite le prove legali nei casi devoluti al Giurì, ma le hanno mantenute pei giudizj correzionali. E sono:

I.° Il Reg. di Proc. pen. del 1850 pel Cantone di Berna (art. 357-361). A' termini dell'Art. 357 i documenti publici muniti delle forme legali, fanno piena fede dei fatti che il loro autore ha verificati egli stesso o di cui si è officialmente accertato, entro la cerchia delle sue attribuzioni, insino a che non sia dimostrato che quei documenti o non sono autentici o non sono completi. Il documento privato (così l'art. 358) fa prova contro il prevenuto quando sia stato steso da lui o da un suo incaricato, e porti in quest'ultimo caso la sua firma, e quando poi esso ne abbia scientemente fatto uso. La confessione scritta del reato, o di fatti che vi si collegano, forma soltanto un *indizio* di reità (art. 359). I protocolli e le denunzie degli ufficiali della polizia giudiziaria godono di piena fede (art. 360), sino a che non ne sia dimostrata la falsità, sopra quei fatti di cui il loro autore si è accertato direttamente coi proprj sensi, nell'esercizio delle sue funzioni, e quando si riferiscano a reati di loro competenza; ma il Giudice e le parti possono poi pretendere che colui che ha stesi cotali documenti, ne spieghi e ne giustifichi il contenuto.

II.° La riforma della procedura penale pel Cantone Ticino dell'8 dicembre 1855, prescrive nell'art. 169 una teoria di prove pei giudizj correzionali, e quanto alla forza legale dei documenti dichiara all'art. 170 che « ai processi verbali e relazioni delle Autorità, degli uffiziali publici e dei funzionarj, la legge dà piena fede, purchè siano esarati nelle forme legali, nella sfera delle attribuzioni di chi li rilascia », e che fanno prova del fatto, sicchè non può essere opposta contro dei medesimi alcuna prova, e non si infirmano se non mediante giudizio di falso.

III.° La legislazione francese, benchè si fondi sulla massima della intima convinzione, tuttavia offre talune disposizioni circa la prova per documenti. La qual cosa è importante specialmente in affari correzionali, essendo ancora assai disputato in Francia, se anche per essi le prove legali si debbano dire abolite, sostituitavi l'intima convinzione, il che taluni affermano ed altri negano (*a*). Giusta l'o-

(*a*) Helie, *Traité*, vol. VII, pag. 712. — Trébutien, *Cours de droit crim.* Vol. II, pag. 486.

pinione di quei primi, i documenti nel processo penale sono un elemento della prova morale, su cui il giudice ha la *facoltà* ma non l'*obbligo* di fondare il suo convincimento; ma è da notare che anche la legge francese fa delle eccezioni a questa massima, coll'attribuir forza di piena prova a certi documenti, quali, p. e., i protocolli (*procés verbaux*), che poi si dividono in tre classi (Code, art. 154) e cioè di quelli che fan piena prova sino a che non sia *provato il contrario;* di quelli che fan piena prova fino a che il loro contenuto non sia provato insussistente (*a*); e di quelli che non fanno veramente prova, ma servono d'informazioni, il che è specialmente importante nei dibattimenti dinanzi alle assise (*b*). L'art. 338 del *Code penal* contiene poi una disposizione particolare, per la quale non sono ammissibili contro i rei d'adulterio (a meno che non siano colti in flagrante) altri mezzi di prova, che le lettere od altri scritti degl' imputati (*c*). E finalmente è da aggiungere che la giurisprudenza pratica francese ha sancita altresì la massima che nei delitti i quali involgono una violazione di contratto, la prova del fatto in genere dee comporsi colle regole del diritto civile (*d*). I vizj del sistema francese circa la prova per documenti si manifestano precipuamente sotto i seguenti aspetti: 1.° La legge attribuisce forza di piena prova a troppi atti d'ufficio, ed anche a quelli rilasciati da impiegati subalterni; estensione assai pericolosa, attesochè cotali impiegati inferiori, o per passione o per interesse o per prevenzione, o perchè non abbastanza intelligenti e circospetti, possono forse rilasciare dichiarazioni inadequate al caso, alle quali poi l'imputato non può, o ben difficilmente, contrapporre altre prove. 2.° Attesa la natura vaga e incerta del sistema dell'intimo convincimento può accadere che si faccia uso nel dibattimento di uno scritto qualsiasi, benchè in sè non provante, ma capace però a rafforzare i sospetti contro l'imputato, come sarebbero le lettere di terze persone dirette ad altri e contenenti notizie sul reato, o i giornali d'annotazioni dell'imputato medesimo, i rapporti dei giudici di pace o dei Procuratori di Stato, contenenti loro individuali opinioni

(*a*) Autori citati. (E infatti non è lo stesso distruggere una prova, e provar il contrario; questo è di più. — A).
(*b*) Helie, vol. IV, pag. 614. — Trebutien, pag. 188.
(*c*) Helie, vol VII, pag. 714.
(*d*) Helie, vol. VII, pag. 716.

e simili. Or se accade che se ne dia lettura (e il Presidente può ordinarla in forza del suo potere discrezionale) avviene facilmente che l'imputato ne rimanga, a così dire, sorpreso all'impensata, nè sappia farvi opposizione alcuna, e che poi facciano invece una impressione sull'animo del Giurì.

IV.° Il sistema anglo-scozzese non prescrive di tener per provato pienamente un fatto sulla fede di un documento qualunque, e lascia che il giurì vi attribuisca quella fede che gli sembra; ciò non di meno contiene delle regole sul modo di esaminare e valutare i diversi documenti (*a*), distinguendo i publici dai privati, e quelli poi suddividendo in giudiziali e stragiudiziali (*b*), su di che il Presidente istesso istruisce i giurati. Le particolarità poi del sistema inglese, circa la prova per documenti, son queste: 1.° I rapporti e protocolli degli agenti di polizia non fanno prova per sè medesimi, e questi impiegati sono obbligati a comparire personalmente, esporre i fatti e giurare, come qualunqne altro testimonio, ed anzi a subire l'esame incrociato, con che si rimove il pericolo di deposizioni infedeli o parziali. 2.° Si è rigorosissimi prima di ammettere al dibattimento la lettura d'un atto qualsiasi; che se un documento è evidentemente informe, se il suo tenore non è decisivo nella prova, o se non fonda che una mera verosimiglianza, non se ne concede la lettura per non indurre in errore il Giurì. Si è poi specialmente rigorosi quanto alle lettere (*c*). Del resto chi decide sulla ammissibilità o no di un documento è il tribunale, e fu notevole il caso avvenuto in Scozia nel 1857, nel dibattimento contro miss Smith imputata d'avvelenamento, in cui il Tribunale non permise che si leggesse un giornale d'annotazioni tenuto dall'ucciso (*d*).

CAPITOLO XLIX.

Delle diverse specie di documenti.

Come nel processo civile, così anche nel penale, i documenti si dividono in publici e privati. Diconsi publici

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 271. — Greenleaf, *Tratt.*, vol. I, pag. 615. Nella pratica s'adoperano le voci documenti, istromenti, scritti; ma si disputa poi sulla differenza tra gli uni e gli altri.

(*b*) Best e Greenleaf, op. cit.

(*c*) Best, pag. 545.

(*d*) *Report of the Trial of miss Smith for the alleged poisoning* (Relaz. del dibatt. contro miss Smith, imputata di avvelenamento) 1857, pag. 109.

quelli che si rilasciano con carattere di publica fede, da funzionari a ciò autorizzati, entro i limiti delle loro attribuzioni e nelle forme prescritte. Sono tali: 1.° gli atti del governo [1], delle rappresentanze politiche riconosciute da esso [2], e delle autorità dello Stato [3], coi quali viene manifestata una determinazione od ordinanza. 2.° i documenti eretti dalle publiche autorità sulle sue operazioni o dichiarazioni [4], o che fanno fede di ciò che vien portato a loro notizia in affari di loro competenza [5]. A quest'ultima specie appartengono non solamente gli atti giudiziali, ma anche i registri parrocchiali, in quei paesi dove i parrochi sono anche ufficiali dello stato civile, e in quanto le cose da loro registrate siano attinenti al loro ufficio [6]. A ben valutare la forza provante dei publici documenti, è d'uopo considerare se l'impiegato abbia potuto attestare cose da lui stesso verificate [7], o se abbia dato come sussistente ciò che gli fu riferito da altri [8]; e i documenti si considerano come pienprovanti solamente nel primo caso, in cui il giudice dee tenere per vero ciò che l'impiegato attesta essere avvenuto [9].

I documenti publici provano tanto il fatto in genere d'un reato commesso [10], quanto i suoi caratteri distintivi [11], e quelli che lo rendono più grave [12]; e provano altresì quei fatti che fondano un indizio contro una deter-

1 P. e., le leggi e le ordinanze.
2 P. e., le deliberazioni delle camere legislative.
3 P. e., le sentenze dei tribunali.
4 P. e., i processi verbali stesi durante una operazione d'ufficio.
5 P. e., attestazioni sul contegno di una persona, o sulla presenza di essa in un dato luogo. (Pur troppo però accade sovente che le Autorità inferiori, e massime le comunali, si valgano, per avere tali notizie, di singole persone, fors'anche poco meritevoli di fede e che diano aspetto di informazione *d'ufficio* a quella che, in fondo, è puramente privata A).
6 P. e., che il matrimonio di un tale sia seguito in un dato giorno.
7 P. e., il parroco può attestare che il dì 24 giugno 1850 egli stesso ha battezzato un tal bambino.
8 Che, p. e., la madre di un bambino dichiarò esserne padre un tale.
9 Che, p. e., uno sentito in esame, abbia data la risposta che trovasi scritta nel protocollo.
10 P. e., A ha proferite parole calunniose in giudizio, e il protocollo d'udienza ne fa fede.
11 P. e., che il testimonio abbia prestato giuramento.
12 P. e., i certificati penali (*fedine* criminali) provano se uno sia stato già punito altra volta. (È però cauto richiamar le sentenze originali per conoscere il vero titolo di condanna, p. e., se il furto era domestico, con scalata, con armi; se la grave lesione era provocata o proditoria, e simili, ciò che influisce assai sul concetto della recidiva — A).

minata persona [13], come d'altra parte possono anche provare i fatti che stanno in favore dell' imputato [14].

Tutti gli altri documenti che provengono o da persone private, o da impiegati che non siano autorizzati legalmente a rilasciarli, e quelli a cui mancano le formalità prescritte pei documenti publici, sono documenti privati. Or la regola generale è che il documento privato non fa prova a favore di chi lo ha emesso, essendo una dichiarazione unilaterale fatta in proprio vantaggio [15]; e che per lo contrario fa prova contro il suo autore [16].

Aggiunte inedite.

I.ª Altre distinzioni più precise tra le specie di documenti publici sono queste: A) documenti emanati dal governo, dal sovrano, dal ministero; atti governativi ed atti delle corporazioni publicamente riconosciute. B) documenti giudiziali, e cioè sentenze di giudice, e protocolli giudiziali, p. e., quelli del giudice inquirente e dei protocollisti sull' inquisizione o sulle sedute (*a*). C) documenti di publici funzionarj, quali, p. e., i notaj, a cui fu dato il diritto di ridurre ad atto di publica fede le dichiarazioni delle parti fatte dinanzi a loro. D) i protocolli assunti da taluni impiegati inferiori sopra operazioni del loro ufficio, (p. e., dai cursori ed altri ufficiali giudiziarj spediti ad eseguire un

13 P. e., che uno abbia data al giudizio una falsa notizia per allontanare i sospetti da sè medesimo.

14 Come se, p. e., l'imputato provasse che nel giorno in cui si vorrebbe ch'egli avesse commesso un reato nel paese A, veniva invece sentito in esame nel tribunale della città B, assai lontana, e producesse il protocollo relativo.

15 P. e., se l' imputato pretendesse di provare l'*exceptio alibi* colle annotazioni del suo proprio giornale.

16 P. e., venendo taluno imputato d'infedeltà, la quitanza da lui rilasciata, fa prova che aveva ricevuto il deposito.

(*a*) E nelle corti d'Assise son di molta importanza. Bonnier, *Traité*, pag. 524. (Il modo di redigere i protocolli di dibattimento può essere fonte di non poche inesattezze; un protocollista, che di solito è un giovine appena entrato negli ufficj e che ben di rado conosce il processo, non è in grado di valutare a fondo l'importanza d'una risposta data in un modo piuttosto che in un altro. Di qui frequenti lagnanze, tanto più da ponderarsi in quanto che il protocollo del dibattimento, nel sistema austriaco, fa fede presso le istanze superiori, dove si giudica sul processo scritto. Sarebbe assai cauto, come venne proposto da altri, che i presidenti, avuta una risposta, dicessero al protocollista i termini in cui dee registrarla, libero alle parti di fare osservazioni se credessero che quei termini non fossero esatti. Ci sarebbe un po' di ritardo, ma si guadagnerebbe in precisioe e verità.

decreto del giudice), dalle guardie campestri, dalle guardie di finanza e di polizia ecc. (*a*).

II.ª Quanto ai documenti publici di uno Stato estero, prodotti a un tribunale nazionale, giova notare che non basta *asserire* che siano considerati publici all'estero; poichè dev' essere libero all' avversario di farvi quelle eccezioni che crede, sia sull'essere veramente publici, sia sull'avere tutte le formalità richieste e simili; ma l' accusatore, se vuol fondare la sua accusa sopra tali documenti esteri, dee dimostrare che nel paese dove furono eretti, siano considerati come publici, e che siano state osservate tutte le formalità quivi prescritte. Di ciò tratta assai bene Greenleaf, nella sua opera già citata, vol. I, pag. 624,649.

III.ª Si disputa fortemente nei paesi dove avvi il Giurì, e quindi anche in Francia, se spetti ai giurati od ai giudici il decidere se un documento prodotto come publico, sia da considerarsi come tale. In Inghilterra spetta ai giurati, i quali hanno da esaminare quale e quanta *convinzione* infonda in loro un documento prodotto dalle parti; i giudici però possono far loro presenti le obbiezioni che vi fossero contro la sua attendibilità ed efficacia.

Al contrario in quei paesi, come, p. e., in Francia, dove i giurati son giudici unicamente *del fatto*, non vien loro concesso di decidere le arduc quistioni *di diritto*, qual'è per l' appunto questa, se un documento abbia le condizioni richieste per far fede (*b*); sistema certamente erroneo, dacchè siccome i giurati non manifestano i motivi della loro decisione, devon anche essere in facoltà di decidere essi medesimi se vogliano o no aver fede in un documento (Bonnier, *Traité*) (*).

IV.ª *Qual valore giuridico abbiano le notizie ricevute per telegrafo in un processo penale.* I dispacci telegrafici (telegrammi) sono una nuova specie di documenti, affatto ignota per lo addietro. Tuttavia i legislatori e i giureconsulti non se ne occuparono peranco, tranne i due scrittori italiani Bosellini di Modena, e Panattoni di Firenze, in un

(*a*) Bonnier, *Traité des preuves*, pag 505.
(*b*) Rauter, *Traité de droit crim.*, n.º 777.
(*) Ci sia permesso di dissentire da questa opinione dell'illustre Autore, sembrando a noi che sia assolutamente conceder troppo ai giurati il dar loro la facoltà di non credere a un documento publico anche quando non sia sospetto di falso. L'idea dominante in Francia che la qualifica di un documento sia quistione di *diritto* e non di *fatto*, ci sembra fondata in ragione e convenienza — A.

lavoro assai pregevole, inserito nella *Temi* di Firenze, vol. IV, pag. 449-455. Si fa uso del telegrafo in un processo penale in più occasioni, cioè o per far arrestare in luoghi lontani un imputato fuggitivo, ricercandone quelle autorità giudiziarie o di polizia; o per procacciarsi le deposizioni di un testimonio lontano, o certe informazioni, come avvenne in qualche caso in cui si ebbero con molto vantaggio, seduta stante, importanti informazioni sulla condotta o sui rapporti personali dell' imputato. E v' ebbero anche dei casi in cui il telegrafo servì di mezzo per commettere il reato, p. e., per stipulare un contratto fraudolento, per mandare ad altri notizie di un alto tradimento, di un commesso abuso d'ufficio, e simili. Or si domanda qual sorta di documenti siano i dispacci telegrafici, e qual forza di prova abbiano in un processo penale. Taluni hanno detto che sono documenti publici, pel motivo che gli impiegati del telegrafo sono impiegati publici, e si devono equiparare ai notaj. Noi non siamo però di questa opinione, poichè non ogni impiegato ha per ciò solo il diritto di rilasciare documenti publici. In particolare poi l'impiegato del telegrafo non può essere equiparato a un notajo, per più argomenti: il notajo assume l'atto in presenza delle parti e dopo averne sentite le dichiarazioni; è controllato da loro, sicchè ponno al momento rinfacciargli le inesattezze che commettesse; e per di più son presenti anche i testimonj. Per l'opposto l'impiegato del telegrafo, a cui vien dato uno scritto da spedire per mezzo telegrafico, non agisce in presenza delle parti, e non è controllato da alcuno; la parte non conosce nè l'alfabeto nè i segni telegrafici, e l'impiegato, che non conosce la parte, può spedire, a suo arbitrio, quelle notizie che crede, senza che si abbia nemmeno la guarentigia che la parte sia stata compresa, nè che l'impiegato del luogo dove il dispaccio perviene abbia ben compreso i segnali, o il tenore, e che poi abbia partecipato fedelmente a chi doveva, tutto il dispaccio quale gli pervenne. Oltre di che può anche avvenire che il dispaccio sia scritto male o malcompreso, massime se si tratti di cifre. — In conclusione adunque noi riteniamo che un dispaccio telegrafico non sia punto da equipararsi a un publico documento, per quanto spetta alla prova; e l'impiegato del telegrafo poi non potrebbe nemmeno sentirsi come testimonio sul fatto in quistione, poichè egli non fece che spedire in via telegrafica le cose

a lui comunicate da un terzo. Può essere poi di molta importanza il produrre il documento originale, cioè la minuta del dispaccio che la parte mittente aveva dato all'impiegato del telegrafo, affinchè ne facesse la spedizione (*).

CAPITOLO L.

Requisiti dei documenti in generale.

Essendo destinati i documenti a conservare memoria di una data dichiarazione, è importante a vedersi quali ne debbano essere le forme esterne:

1.° Qualunque sia la specie di documenti, devono essere prodotti in originale [1], poichè non è possibile conoscere in una copia le vere qualità di un documento. Per di più vi si potrebbero insinuare degli errori pregiudicevoli all'accusato, non potendosi pretendere che il supposto autore dell'originale somministri de' schiarimenti sulla genuinità di un documento, che non è scritto di sua mano [2]. Nè si potrebbe estendere al processo penale la massima del civile, giusta la quale le copie autenticate d'ufficio, fanno prova ugualmente che gli originali [3]; poichè nel penale si mira a raggiungere il massimo grado di certezza assoluta, e per conseguenza non è possibile accontentarsi di copie [4]. Si fa dipendere infatti la decisione da una singolar presunzione; quella, cioè, che l'impiegato che doveva collazionare la copia coll'originale, abbia impiegata effettivamente la massima diligenza. Ed è troppo spinta, perchè in una copia stesa d'ordinario in fretta, v' hanno errori che passano facilmente inavvertiti o di cui non si prevede tosto la futura importanza; e per ultimo accade soventi volte che il reato stia precisamente nell'originale (come

(*) Nella premessa quistione noi siam di parere essere il dispaccio telegrafico bensì un documento publico, ma provar esso unicamente il fatto che all'ufficio del telegrafo sia pervenuta da altra stazione una comunicazione telegrafica, i cui segni vennero interpretati dall'ufficio ricevute nel modo espresso nel dispaccio. Se poi l'ufficio mittente abbia spedito ciò che gli era stato esposto nella minuta originale; se questa provenga propriamente da chi si è firmato; e finalmente se il fatto in esso esposto sia vero, son cose delle quali il dispaccio telegrafico non fa prova alcuna — A.

1 Kleinschrod, mem. cit., § 10. Tittmann, man. P.e III, pag. 511.
2 Bentham, *Traité des preuves*, vol. II, pag. 64.
3 Va tropp'oltre Heffter nel suo *Tratt. di dir. crim.*, § 625.
4 Kitka, op. cit. pag. 274.

nelle falsificazioni di caratteri) e che l'impiegato il quale certifica la copia non se ne avvegga; per le quali cose tutte, non essendo possibile giudicar dell'originale nemmeno sopra una copia legalizzata, ne viene che le copie non somministrano che un dato di probabilità, da non potersi paragonare a quella certezza che può dare l'originale.

† In Inghilterra dove è di massima che si dee sempre produrre la prova migliore, non si ammettono copie sinchè è possibile avere gli originali. Tuttavia si sogliono ammettere, quando la concordanza coll'originale venga attestata da un impiegato a ciò autorizzato, e sotto fede di publico sigillo; oppure quando si producano le così dette *examined copies*, vale a dire allorchè una persona dichiara con giuramento in giudizio di avere confrontato linea per linea la copia coll'originale e di averli trovate perfettamente concordanti (*a*) †.

2.° Il documento dev'essere prodotto nella sua integrità. Se pertanto ne fu levata una parte [5], o se, a ben comprenderne il senso, sia necessario di unirvene un altro che sta con quello in strettissima connessione, certamente quello non fa prova da solo, perchè si correrebbe il pericolo di porre a fondamento della decisione dati inesatti.

3.° Il documento non deve avere alcun segno esterno di qualsiasi difetto; cioè nè raschiature, nè inserzioni, nè cambiamenti, che faccian temere che il vero documento sia stato mutato [6]; ma sopratutto poi non ci devon essere difetti che lascino supporre avvenuta una contraffazione o falsificazione. Sorgendo poi tal sospetto, il giudice inquirente dee procurar di accertarsene, allo scopo di stabilire con certezza se o no si possa prestar fede al documento. Si distingua allora se il documento è publico o privato; e nel primo caso la procedura è diversa in Germania da quella che si fa in Francia. In Germania il primo passo è quello di interpellare l'impiegato che rilasciò il documento publico impugnato per falso, affinchè dichiari se sia autentico o no, essendo egli in posizione di affermarlo meglio di chiunque altro. E qui dobbiam censurare la pratica (assai frequente) di interpellare codesti impiegati unicamente per iscritto, potendo l'impiegato o rispondere senza por mente a tutte le circostanze del caso, o non ben

(*a*) Best, *Tratt.*, pag. 564. Schwarze, Ann. di Sass., pag. 30.
5 Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 511, nota 5.
6 Vedi la mia *Proc. pen. ted.*, § 167.

ricordarsene, laddove sentendo in esame personalmente tutti coloro che sono in grado di informare sull' esistenza e sul tenore originario di un documento, è più facile scoprire la verità [7]. — Ma nella legge francese [8], è prescritta in questi casi una procedura assai complicata [9]. † E per di più, siccome è anche assai dispendiosa, ne vien difficoltata la prova che si volesse addurre contro un publico documento †. Venendo impugnato per falso un documento privato, è d'uopo sentire le dichiarazioni di quelli che lo hanno eretto, non meno che dei pretesi testimonj, e di coloro che dovrebbero aver veduto il documento genuino, se vi fu veramente, e che possono dire quali differenze presenti quello che fu prodotto [10]. Frequentemente poi per conoscere se manchino i caratteri della genuinità [11], o per raffrontare il documento impugnato con altri genuini [12], e decidere se fu o no falsificato, è necessario l'intervento e il giudizio dei periti.

CAPITOLO LI.

Come si dimostri la genuinità dei documenti.

La condizione essenziale che deve avere un documento affinchè faccia prova si è che sia genuino; vale a dire che ne sia autore propriamente colui che apparisce come tale. Quanto ai documenti publici, non occorre qualsiasi procedura per dimostrarne l'autenticità (*), perocchè le formalità di

7 Kitka, *Ueber den Thatbest.* (Della essenza di fatto), pag. 269.

8 Code d'instr. crim., art. 448-464.

9 Legraverend, *Traité*, vol. I; pag. 522. — Carnot, *Instr. crim.*, vol. II, pag. 577.

10 Kitka, loc. cit., pag. 261.

11 Se, p. e., vi siano abrasioni, se la carta sia stata cambiata e simili. (In un processo che avemmo sott' occhio, la falsificazione era resa evidente da ciò, che era stata scritta una cambiale sopra un foglio di carta bollata nella cui pasta il fabbricatore aveva posto l'anno della fabbricazione, visibile contro la luce, e quell'anno era *posteriore* a quello indicato nella obbligazione. Per sottrarsi alla forza di questo argomento, l'imputato dovette inventare (contro ciò che aveva detto prima) che quella era una copia fatta più tardi d'un originale preesistente, e si ingolfò così in una serie di falsità, che rafforzarono maggiormente la prova, e gli valsero la condanna. — A).

12 Come quando si tratti di confrontare libri di negozio tenuti da una medesima mano.

(*) Tranne se fossero impugnati siccome falsi, giusta quanto si è detto nel precedente capitolo. — A.

legge da cui sono circondati [1], fan sorgere anche la presunzione legale che siano sinceri. Se però si tratta di documenti eretti da autorità estere e prodotti come publici, è necessario di verificare prima di tutto se abbiano tutte le forme prescritte dalle leggi del paese dove furono eretti [2], in guisa da essere considerati per documenti publici giusta quelle leggi; poi se siano genuine le firme che vi appariscono sottoposte [3]. Ma si se tratta di documenti privati, di cui vuolsi far uso, è indispensabile di constatarne la genuinità. E questa prova si ottiene in più modi:

1.° Si prova che un documento è genuino, colla ricognizione di colui che ne apparisce l'autore. Siccome poi questa ricognizione comprende una confessione [4], così non avrà efficacia se non sia fatta dinanzi al competente giudizio, poichè allora soltanto si ha la sicurezza che egli ne abbia compresa tutta l'importanza e presentite le conseguenze, e che non siano stati impiegati mezzi illeciti per ottenerla. Non si potrebbe poi accontentarsi d'una ammissione implicita, come si fa nel processo civile [5], poichè nel penale non è lecito di fondare alcuna conchiusione sopra il silenzio e l'acquiescenza delle parti, che poi son mere presunzioni. Non potrà dunque dirsi riconosciuto tacitamente un documento [6], allorchè il giudice avesse fissato a tal uopo un termine all'imputato, colla comminatoria che ove non si dichiarasse, il documento verrebbe considerato genuino [7]. Ben sarebbe un indizio contro l'imputato, ma non ancora una ricognizione tacita, poichè nel processo penale la verità non può farsi dipendere dalla scadenza d'un termine, e dev'essere assoluta e non formale o convenzionale, tanto più che il silenzio può derivare da ben altri motivi, che dall'intenzione di riconoscere per proprio il documento.

1 Quali sono, p. e., i suggelli degli ufficj publici, le firme di publici funzionarj e simili.

2 Il che importa di conoscere perchè nei diversi paesi ci sono in proposito norme diverse, p. e., sul numero degli ufficiali publici che debbono sottoscrivere un documento.

3 Perciò son necessarie le legalizzazioni; non potendosi pretendere che un giudice conosca le firme dei publici funzionarj esteri.

4 Cremani, *Elem. jur. crim.*, Vol. II, pag. 172. — Kleinschod. § 8. — Stübel, *Proc. crim.*, § 1051 — *Ordin. Crim. pruss.*, § 583. Cod. Bav., art. 299.

5 Martin, *Lehrb.* (Tratt. del proc. crim.), § 80, nota 14, confr. con Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 509.

6 V. la mia *Proc. pen. ted.*, § 160.

7 E tanto meno poi se avesse impiegati mezzi coattivi, come multe o arresto. Hochbach, nuovo Arch. del dir. Crim., vol. XII, pag. 523.

Ma anche l'altra regola del processo civile, che se uno riconosce per propria la firma apposta ad un documento, s'intende che ne abbia riconosciuto eziandio il tenore, non può estendersi al processo penale [8]; perchè è una mera presunzione, la quale non può mai tener luogo di verità. E infatti può darsi per più ragioni che taluno sottoscriva un foglio: o per contrassegnar qualche cosa col proprio nome [9], o per sovrapporvi di poi un documento [10], o per altri somiglianti motivi (*), e può poi avvenire che un terzo ne abusi riempiendo la carta in modo contrario all'intenzione di chi aveva fatta la firma. Del pari può accader facilmente che una carta venga presentata per sorpresa a taluno e che egli la sottoscriva credendo di firmarne una diversa. Se pertanto vien riconosciuta la firma, ma impugnato il tenore di un documento, non lo si può considerare riconosciuto anch'esso [11]; ed anzi è debito dell'inquirente di indagare per quali ragioni e da chi si sia abusato della firma in bianco.

† Il modo di constatare la genuinità di un documento per mezzo della ricognizione dell'imputato è diverso secondo che il processo è inquisitorio od accusatorio. Nel primo (e così si fa in Germania ed in Francia) il documento serve opportunamente nell'esame dell'imputato, come mezzo per conseguire da lui una data risposta. In Inghilterra al contrario, dove l'imputato non viene sentito, e dove in ogni caso non può essere costretto a rispondere, anche i documenti gli son presentati fin dalla preliminare

8 Per ciò non si ponno giustificare le presunzioni di tal tenore, stabilite nel cod. Prussiano, § 585 e bavarese, art. 302.

9 Come quando taluno ha per costume di scrivere il suo nome sulla prima pagina bianca d'un libro.

10 P. e., una procura ch'egli non scrive fin d'ora ignorandone le formalità.

(*) Ci ricorda un caso in cui un tale venne richiesto del suo indirizzo e gli fu presentato un foglio ripiegato in quattro. Egli scrisse il suo nome ed alloggio con matita. Dopo molto tempo gli fu presentata una cambiale da pagare, ed egli vi riconobbe come sua la firma, certo però essendo di non aver mai rilasciato quella obbligazione. Risovvenutosi poi di avere, nell'occasione anzidetta, rilasciato il suo nome a quel modo, apparve infatti sommamente verosimile il suo racconto, perchè la firma trovavasi appunto nella quarta parte inferiore destra del foglio, poco sotto la piegatura di cui era rimasta la traccia, e perchè vi andava unita l'indicazione dell'alloggio, insolita a farsi in una cambiale, e per altre cagioni che non giova accennare — A.

11 Stübel, § 1051. — Volkmann. *Lehrb. des. sachs. criminalr.* (Tratt. di Dir. crim. Sassone), vol. II, pag. 125. — Heffter, Trott. § 625, nota 2.

investigazione colla domanda se abbia qualche osservazione da farvi. Nel dibattimento poi, colui che fonda un suo assunto sopra un documento lo dee produrre, ed è allora che sorge la contestazione se si debba accettare e leggere. Su di ciò decide il tribunale, e quando ne ammetta la presentazione ne accorda anche, com'è ben naturale, la lettura, libero al difensore di dare tutti gli schiarimenti necessarj sulla genuinità e sulla forza provante del documento †.

2.° Altro mezzo per dimostrare la genuinità di un documento sono le deposizioni dei testimonj [12], vale a dire di quelli che furono presenti alla crezione di esso e lo sottoscrissero; o di quelli che, sebbene non firmati, pure furono presenti; o di quelli che, conoscendo la scrittura dell'autore del documento, possono attestare che è veramente steso di sua mano; o finalmente di quelli a cui l'autore ha confessato d'averlo infatti scritto lui. Tuttavia la prova che il documento sia genuino, può dirsi stabilita unicamente nel primo e secondo dei casi or ora accennati, ben inteso purchè i testimonj depongano giudizialmente e con giuramento, e non siavi motivo di temere che siano stati ingannati o che vogliano ingannare. Nel terzo caso i testimonj potrebbero somministrare tutt'al più un debole indizio, essendo assai facile il prender abbaglio sulla scrittura altrui, e somministrando le perizie calligrafiche appena appena una qualche verosimiglianza. Nel quarto caso finalmente valgono per analogia le regole della confessione stragiudiziale.

† In Inghilterra l'esame incrociato a cui vien sottoposto il testimonio che depone della genuinità di un documento, porge la miglior occasione d'appurare se e quanto si debba prestargli fede (*a*). Nella più parte dei casi poi la deposizione dei testimonj non è altro che un loro giudizio individuale, e allora la prova non è più propriamente testimoniale, ma indiziaria. (Best, op. cit., pag. 295). †

3.° Qualora i mezzi sin quì accennati non giovino allo scopo, resta quello della comparazione dei caratteri per

12 Kleinschrod, l. c., § 5. — Stübel, *Dir. crim.*, § 1052-1056. — Cremani, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 173. — Ord. crim. pruss., § 384; Cod. Bav., art. 299.

(*a*) Vedi un bell'articolo in proposito nel *Law Magazine* (Arch. leg.) 1855, fasc. IV, pag. 285. — In Francia la legge parla di *verification d'ecritures:* Helie, *Traité*, vol. V, pag. 659.

mezzo di periti [13]. Ma affinchè questo mezzo di prova abbia un qualche valore, dev' essere adoperato colla massima circospezione [14], secondo le regole seguenti: *a*) Circa gli scritti che si devono presentare ai periti da confrontare con quelli in quistione, è dovere del giudice di sceglierli indubbiamente genuini, e cioè o riconosciuti dall'imputato istesso o contenuti in un documento publico, nel qual caso è superflua qualunque sua ricognizione. Gioverà però sempre aver presente che la scrittura d'un uomo suol cangiarsi cogli anni; epperò si dovranno cercar degli scritti contemporanei a quello che vuolsi dimostrare genuino; senza di che si porgerebbe ai periti un dato erroneo di confronto. Che se non si trovano scritti d'indubbio carattere dell' imputato, l'inquirente dovrà dargli occasione di scrivere qualche cosa di suo pugno in giudizio [16]. Se non che in questo caso è da temere che l'imputato, accorgendosi del motivo pel quale lo si fa scrivere, alteri a bello studio il suo carattere; e però bisognerà cogliere un istante in cui egli non siasi ancora avveduto dello scopo a cui si mira [17]. E sopratutto poi bisognerà far in modo che l'imputato scriva anche quelle parole principali che s' incontrano nel documento che si esamina [18]. Nondimeno non si dovrà dimenticare che lo stato d'alterazione d'animo in cui l'imputato può trovarsi quando scrive, i mezzi insoliti per lui, somministratigli a questo scopo, ed altre somiglianti circostanze, ponno avere influenza sul suo modo di scrivere [19].

13 Cremani, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 173. — Quistorp, *Grunds.* (Princ.), § 708. — Kleinschrod, § 11-14; — Tittmann, Man., § 848.

14 Su di ciò leggonsi buone idee in Phillips, *On evidence* (Della prova), vol. I, pag. 483-494.

15 Gesterding, *Ausbeute von Nachforsch.* (Racc. di mem.) Vol. II, pag. 414.

16 Code d'instr., art. 471. Kleinschrod, § 85. Cod. Bav., art. 248. Giuste osservazioni in Kitka, l. c., pag. 265.

17 Un buon mezzo è quello di far scrivere la risposta dallo stesso imputato anzichè dall' attuario. † Del resto questa pratica, che pure troviamo adottata dal Reg. austr., § 96, è al certo una conseguenza del principio inquisitorio, nè potrebbe elevarsi al principio che sia lecito *costringere* l' imputato a somministrare alcun elemento per la sua condanna, ed anzi se l'imputato rifiutasse di scrivere, certamente il suo rifiuto non potrebbe farsi valere come indizio di reità †. Reg. Turingio, § 150. — Schwarze, Ann., pag. 53. (Così troviamo sancita dall'Autore l'opinione già da noi manifestata a pag. 217 nota 6. L'aggiunta or ora riferita non ci era allora ancor pervenuta — A).

18 Un bravo inquirente inserirà nelle sue domande cotali parole, affinchè l'imputato, nello scrivere la risposta, le ripeta anch' esso.

19 Pratobevera, *Mater.*, vol. IV, pag. 140.

Quanto alla scelta dei periti a cui affidare la comparazione delle scritture, si eviti l'errore assai comune di adoperar come tali i maestri di calligrafia del luogo; perocchè questi sapranno bensì giudicare della bellezza e correzione dello scritto, ma non sempre sapran dare un giudizio soddisfacente sulla somiglianza tra uno scritto ed un altro. Intorno a ciò potranno anzi giudicare assai meglio coloro, che, per effetto d'impiego, han tra le mani molti scritti e di molte qualità [20].

Assunti poi i periti, e vincolati con giuramento, si porranno loro sott'occhio i documenti genuini insieme con quelli da ispezionarsi, coll'incarico di stendere in un protocollo il risultamento delle loro osservazioni ed il loro motivato parere.

Del resto anche nel caso più favorevole in cui tre o quattro periti calligrafi siano dell'unanime parere che il documento in quistione sia steso da colui che ha scritti gli altri, non si può trarne un argomento di certezza, ma soltanto di verisimiglianza [21], poichè principj sicuri e generali nell'arte della comparazione de' caratteri, non se ne possono trovare [22], ed anche il più diligente perito può essere tratto in errore. Infatti non è impossibile che le scritture di due persone diverse si somiglino in modo da illudere; ed è poi estremamente facile imitare studiosamente la scrittura degli altri; sicchè il giudizio dei periti si risolve sempre in una *opinione* [23], e questa è per il giudice tutt'al più un *indizio* [24].

† I periti poi devon essere citati al dibattimento e quivi invitati a spiegare il loro giudizio ed a rispondere alle domande delle parti (esame incrociato). Questo mezzo di prova,

20 Come sono quelli che tengono i publici registri, gli archivisti e simili. (I più abili periti calligrafi si trovano quasi unicamente presso i tribunali di grande importanza, perchè quivi essendo frequenti le occasioni, l'occhio si esercita nello studio dell'arte dello scrivere come di un disegno; e fino a un certo punto è anche possibile trovar delle leggi generali regolatrici di questa materia. In Milano v'hanno periti calligrafi di somma abilità, a cui ricorrono anche i tribunali di provincia — A.)

21 E questo principio vale persino nel processo civile. Martin, *Lehrb.* (Tratt.) § 214. — Linde, Tratt., § 289. Gennari, *Teoria delle prove nel proc. civ. austr.*, pag. 178.

22 Filangieri, *Scienza*, ecc., Lib. III, Cap. XV. Bentham, *Traité des preuves*, Lib. IV, cap. 15. — *Rationale* (Princ.), vol. III, pag. 598. — Carmignani, l. c.

23 Kitka, l. c., pag. 267.

24 Stübel, *Proc. crim.*, § 1055. — Tittmann, *Man.*, § 848. — Heffter, *Tratt.*, § 625 in nota. Ord. Crim. pruss., § 584. Cod. Bav., art. 300.

del rimanente, si va mostrando ognor più fallace, e il giudizio anche più asseverante non si reputa atto a stabilire una certezza, se non quando vi concorrano altri elementi di prova (*a*) †.

4.° Nel processo penale non si può poi ammettere che l'imputato presti il giuramento che nel processo civile va conosciuto colla denominazione di giuramento *di diffessione*; col quale cioè si impugna e distrugge la genuinità di un documento e si rende inutile una procedura ulteriore con cui si volesse stabilirla [25], perocchè non si stanno a fronte due parti come nel civile, e per conseguenza non si può parlare di giuramento deferito, secondo i principj del giuramento di diffessione. Ammesso questo giuramento verrebbe facilitato lo spergiuro, poichè l'imputato trovandosi in uno stato di coazione morale, si lascerebbe facilmente indurre a sottrarsi col giuramento ad un ulteriore sospetto ed alla procedura; laonde valgono contro il giuramento *di diffessione* quei medesimi argomenti, che valgono contro il giuramento purgatorio [25]: e per di più si urterebbe col principio del processo penale, che è quello di raggiungere possibilmente la verità assoluta, e il giudice si legherebbe le mani, impedendo a sè stesso di andar in traccia del vero, con testimonj o con periti, come è suo obbligo di fare anche quando l'imputato abbia negata l'autenticità del documento.

CAPITOLO LII.

Valore dei documenti quanto al loro tenore.

Dimostrata la genuinità di un documento, si tratta di conoscerne e ponderarne il tenore. Noi qui presupponiamo

(*a*) Reg. Austr., § 274 (già riferito a p. 455 nota *a*) — Rulf, *Comm.*, v. II, pag. 117. — Schwarze, Ann., pag. 53. E così si opina anche in Francia. Bonnier, *Traité*, pag. 617. — Vedi anche Greenleaf, *Tratt.*, vol. I, pag. 726. — Brugnòli, op. cit., § 348 e segg. che cita un detto di Baldo: *Scriptura ex qua fit comparatio nil aliud est nisi argumentum a simili et verisimili.* Così finalmente si pensa anche in Inghilterra, come dimostrano Best, *Tratt.*, pag. 301 e 311 e Phillips, op. cit., vol. I, pag. 483. (Come mezzo sussidiario della perizia calligrafica può talora giovare immensamente la chimica. Vedi il caso importante riferito dall'*Eco dei Trib.*, nei supplementi al n.° 616 — A.)

25 Globig, *Theor. der Wahrsch.* (Teor. della veris.), vol. II, pag. 259. — Stübel, *Dir. Crim.*, § 1082, 2723. — Martin, *Tratt.*, § 80 nota 12. — Heffter, *Tratt.*, § 625 nota 2. — Pratobevera, *Della prova per docum.*, § XXIX.

che codesto tenore sia chiaro, e possa essere compreso con sicurezza; perocchè in quel modo che non si può trarre alcun argomento da una confessione o da una testimonianza contradittoria con sè medesima, così anche un documento che contenga delle contradizioni nel suo tenore, non può avere efficacia di sorta. Che se fosse stato redatto oscuramente a bella posta [1], o se fosse scritto in cifre di convenzione, acquisterebbe allora per l'inquirente una maggiore importanza, poichè vi si vedrebbe l'intenzione del suo autore di nascondere forse qualche cosa agli occhi del giudice; e allora tutto lo sforzo di quest'ultimo deve consistere nell'assumere l'esame del presunto autore con tale accorgimento [2], da potersi chiarire possibilmente del senso di quelle parole oscure; o nel sentire coloro che conoscono i rapporti tra l'autore dello scritto e la persona a cui era diretto, per indovinare la chiave di quelle cifre [3]. Qualora il documento sia scritto in lingua straniera, si dovrà unirne al processo una traduzione nella lingua del paese; e quì importa di sciegliere accuratamente gli interpreti, poichè se questi hanno una cognizione imperfetta della lingua, possono facilmente trarre in inganno il giudice. L'interprete dee prestar giuramento; e la traduzione poi dev'essere comunicata all'autore del documento affinchè la esamini e dica se corrisponde precisamente al testo originale [4].

Stabilita la genuinità del documento, e posto in chiaro il tenore, trattasi ora di decidere qual valore abbia il documento nel processo.

I. Quanto al fatto in genere del reato, sia che consista nella erezione del documento istesso [5], o che il documento ne sia l'oggetto [6], o che il reato stia nel tenore [7],

1 Pel motivo, p. e., che l'autore non voglia che altri, fuor che i suoi più intimi, entrino ne' suoi segreti. Kleinschrod, l. c., pag. 82.

2 E non già presentando, p. e., addirittura il documento sott'occhio.

3 Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 512.

4 Kitka, l. c., pag. 269. (Questa pratica non è espressamente prescritta dal Reg. Austr. il quale al § 97 dice soltanto: « Il giudice farà tradurre da un interprete giurato gli scritti stesi in lingua non usitata presso il giudizio, e importanti pel processo, unendoli poi agli atti colla traduzione ». Nulla vieta però di sentire l'autore se riconosca la interpretazione data alle sue parole, e sarebbe una pratica eccellente, benchè non sempre eseguibile — A.)

5 P. e., se è un passaporto falso.

6 P. e., se venne alterata la somma indicata nel documento genuino.

7 P. e., in un libello ingiurioso.

certo il documento ne fa prova. Anzi a prima giunta direbbesi che il giudice trae la prova unicamente dall'ispezione oculare del documento; ma se ben si osservi, scorgesi che anche in questi casi è sempre necessaria un'altra prova la quale ponga in essere il fatto punibile; cioè o che il documento non è genuino, o che essendo genuino, venne alterato nel suo tenore. E nell'ultimo dei casi accennati poi è necessaria di solito la dimostrazione d'una circostanza estranea al documento. Così, se, p. e., in un momento di disperazione, o per mero esercizio poetico, taluno scrive cose ingiuriose ad un terzo, ma senza intenzione di diffonderle, e conserva lo scritto nel suo tavolino, senza comunicarlo ad alcuno, certamente non avvi il reato della diffamazione nel vero suo significato giuridico; e del pari se taluno, per ischerzo, imita scritture altrui, o stende firme in bianco, tenendole però presso di sè, senz'animo di farne uso, non avvi ancora il reato di contraffazione [8].

II. Anche la prova sull'autore del reato può stabilirsi col mezzo di documenti; ma, come già si è osservato, si risolvono sempre in prove di diversa natura. A) Così, se nello scritto che vien prodotto e che viene ammesso dall'imputato senza eccezioni, si contenesse una confessione, sarà però sempre una confessione stragiudiziale [9], che non basta per la condanna; che se poi l'imputato, pur ammettendo per proprio il documento, nega però in giudizio d'aver commesso il reato, allora quella confessione scritta varrebbe appena come indizio (*). E se finalmente, spinto dal vedersi dinanzi lo scritto, confessa il reato, allora la condanna si fonda, non già sul documento, ma sulla confessione espressa e giudiziale, e tutt'al più il documento serve a circoscrivere l'effetto della confessione. — B) Se il documento contiene l'attestazione d'un terzo, ma costui non ripete poi la sua testimonianza in giudizio, resta sempre una attestazione *stragiudiziale* d'un testimonio *unico*, epperò affatto insufficiente per un giudizio di reità. E se

8 Cod. Bav., art. 305. (La massima in termini così generali potrebb'essere pericolosa; anzi, se trattisi di note di banca o carte di publico credito, la contraffazione è al certo un reato anche indipendentemente dalla diffusione — A.)

9 P. e., in una lettera ad un amico.

(*) Secondo il Reg. austr., § 140, n.° 1, la confessione in iscritto stragiudiziale, è una prova incompleta, e s'intende da sè che ha questo valore se l'imputato in giudizio è negativo. Se è confesso, non occorrono altre prove. — A.

la ripete in giudizio, allora valgono le regole della testimonianza ordinaria. — C) Se il documento contiene l'esposizione di fatti da cui si possa soltanto *argomentare* che l'imputato abbia commesso il reato [10], bisogna vedere se siano fatti di tal natura che valgano a costituire la prova indiziaria. Ma anche quì poi i fatti in sè medesimi, ivi accennati (salvo che il documento sia publico), non si possono considerare come provati, e si risolverà sempre in una confessione od in una testimonianza. Un indizio può certamente dedursi talvolta anche dal solo possesso del documento [11], ma ancora si dovrà dimostrare con altre prove, che chi lo possedeva sapesse di possederlo, e che la sua intenzione dovesse essere cattiva. † Anche l'intenzione, poi può essere talora spiegata coi documenti, allorchè p. e., l'imputato in lettere o in sue proprie annotazioni, espone con quale animo ha commesso il fatto †. — D) Che se, per ultimo, il documento vien prodotto a discolpa, vale la regola che uno scritto non fa mai prova in favore del suo autore; tuttavia, quando sia dimostrato che fu eretto con intenzione diversa da quella di valersene in proprio vantaggio [12], o se con esso si voleva unicamente respingere certe pretese [13], il documento può avere ancora importanza. † Per altro si dovrà avere una particolare cautela allorquando vi sia luogo a temere che il documento sia stato eretto con un fine malizioso, e massime allo scopo di farne un mezzo di prova a discolpa †.

10 Avvenne il caso che presso uno speziale trovossi un biglietto con cui veniva chiesto dell'arsenico; lo speziale diceva che quel biglietto lo aveva mandato certo A, al quale egli aveva anche spedito l'arsenico; ma A negava d'essere autore di quel biglietto. (Qui il biglietto costituirebbe l'indizio d'essersi procurati i mezzi per commettere il reato; ma che A avesse spedito il biglietto risulterebbe dalla sola testimonianza dello speziale. Ben diversa sarebbe la cosa se A si fosse firmato — A).

11 Quando, p. e., taluno possiede delle lettere d'un altro dirette a lui, e nelle quali gli manifesta de' piani rivoluzionarj e quando dal tenore di tali lettere risulti che deve esservi già stato un lungo carteggio. (Il § 159, lett. A, n.° 1 del Reg. Austr. di proc. pen., dice essere un indizio del crimine d'alto tradimento il *carteggio di tenore sospetto*. Chi è trovato in possesso di lettere, a lui scritte da un terzo, può egli dirsi che possegga un *carteggio*? A rigore non v'ha idea di carteggio se non si trovano lettere tanto missive quanto responsive. Ma sarebbe anche un caso affatto straordinario, giacchè di solito si conservano le lettere ricevute, ma non tutti hanno la minuta, di quelle spedite. Sarà però necessario per lo meno, che le lettere trovate facciano cenno esplicito di quelle scritte dall'imputato ed alle quali servono di risposta — A).

12 P. e., per provare l'*exceptio alibi*.

13 V. cod. Bav., art. 302-306.

PARTE SETTIMA.

DELLA PROVA PER CONCORSO DI CIRCOSTANZE.

CAPITOLO LIII.

Indole della prova circostanziale.

Nella più parte dei casi mancano i mezzi ordinarj e naturali di prova, quali sono l'ispezione oculare, la confessione e la testimonianza. Ma ad uno spirito indagatore è sempre aperta una copiosa fonte in cui può cercare la verità, adoperando il raziocinio nutrito di lunga esperienza, e considerando la catena di fatti e di circostanze che contornano il reato di cui va in traccia. Son come muti testimonj [1], che la Provvidenza (così osiam credere) rannoda col reato istesso, affinchè, di mezzo alle ombre in cui il malizioso malfattore lo aveva celato, sorga un raggio di luce che illumini l'animo del giudice e gli mostri le tracce seguendo le quali può giungere alla scoperta del misfatto. Questi muti testimonj, di solito il reo non li conosce o li crede indifferenti; e bene spesso poi non potrebbe impedir che vi fossero, nemmeno volendo; i chiodi delle scarpe segnano i passi; un bottone perduto accenna all'abito che lo portava; una macchia di sangue sull'abito mostra la parte presa in un fatto violento, e simili. Tutti questi fatti danno al giudice un argomento, da cui egli, conoscendo per esperienza come vanno gli umani avvenimenti, trae delle conclusioni relative ad altri fatti, la connessione dei quali indica poi l'imputato essere il reo. Ecco adunque che la

1 Bentham, *Traité des preuves*, vol. I, pag. 397.

così detta *prova artificiale* [2], o *prova per concorso di circostanze* [3], è indispensabile nel processo penale. Anzi noi abbiam già dimostrato altrove, considerando la natura della prova in genere e delle singole prove nel processo penale [4], di quanta importanza sia questo concetto delle argomentazioni dal noto all'ignoto. Mostrammo essere un errore il credere, che i mezzi di prova che noi diciam naturali, cioè l'ispezione, la confessione e la testimonianza, riposino unicamente sulla percezione dei sensi; poichè racchiudono sempre una catena di presunzioni sulle quali si appoggia il nostro convincimento. Così noi crediamo alla confessione dell'accusato perchè non ci possiamo persuadere che un innocente si voglia addossare falsamente un misfatto; e lo crediamo colpevole quando abbiam sentito il suo racconto, perchè lo troviamo verosimile e corrispondente alle altre verificazioni del processo, cosicchè confrontandole insieme il nostro spirito si determina a proferire la sentenza aver l'accusato commesso realmente il fatto di cui si confessa autore. — Così del pari crediamo alla deposizione di due testimonj perchè li reputiamo degni di fede, ossia perchè *presumiamo* che abbian potuto percepire il vero e voluto manifestarlo, e perchè le loro deposizioni s'accordano con tutte le altre circostanze del processo. È dunque sempre una prova circostanziale quella che ci conduce a proferir la sentenza; e in qualunque reato vi son de' caratteri che non cadono sotto i sensi e non si possono verificare con questi, ma che appartengono all'indole del fatto, sicchè non possiamo far altro che argomentarne l'esistenza da altri fatti accertati [6].

Parlando ora della prova artificiale [7], egli è da notarsi

2 V. sopra, pag. 173 del pres. vol.

3 Questa espressione è propria degli autori inglesi, Bentham, vol. I, pag. 311. *Rationale* (Princ.), vol. III, pag. 1. Phillips. *On evidence*, vol. I, pag. 155 ed altri.

4 Vedi cap. XIV.

5 Heinroth, Giorn. d'Hitzig, fasc. 42, pag. 257.

6 Tale è la prava intenzione. Vedi Bayl, *Beitrag zum Criminalr* (Studi di Dir. crim.), vol. I, pag. 211.

7 Vedi tra gli scrittori antichi Blange, *De indiciis*. Venet. 1545. — Bruni Guido de Suzaria, *De indiciis*. Lugd. 1546. — Menochius, *De præsumpt*. Col. 1686. E tra i moderni Nani, *De indiciis eorumque usu*. Pavia 1781. — Pagano, *Logica dei probab.* (o *Teor. delle prove*). Milano 1806. — Carmignani, *Teoria, ecc.*, vol. IV, pag. 176. (Lib. IV, c. II). Vedi poi le aggiunte al pres. capit.

non essere giusto di comprendervi nè tutte le prove incomplete (quelle cioè che se avessero tutti i requisiti di legge, formerebbero piena prova) nè qualunque argomentazione che si deduca da fatti già dimostrati. La prima opinione parrebbe bensì confermata dal linguaggio della Cost. Carolina [8], secondo cui la deposizione di un testimonio solo, e la confessione stragiudiziale, sembrano confuse cogli indizj [9]; ma non è da tener conto del linguaggio di quella legge, poichè aveva di mira unicamente d'indicare al giudice quali fossero i mezzi più comuni per stabilire una presunzione o verisimiglianza, allo scopo di poter applicar la tortura; e siccome era detto che la tortura poteva essere applicata, pur che ci fosse un indizio legale, bisognava ben dichiarare che anche una confessione stragiudiziale, od una testimonianza isolata, avevano lo stesso valore, e legittimavano del pari l'applicazione della tortura. Ma chi esamina i principj fondamentali della prova naturale e della prova artificiale, trova affatto inopportuno, anche secondo il linguaggio scientifico, di porre insieme con quest'ultima quei mezzi di prova che sono differenti per loro natura dagli indizj propriamente detti. E infatti se al deposto di *un* testimonio se n'aggiunge un secondo, abbiam già prova piena. Nella prova indiziaria, inoltre, si tratta sempre di vedere se, col concorso delle circostanze che accompagnarono un misfatto, e in forza delle argomentazioni che se ne traggono, sia possibile di raggiungere la certezza; ora siccome la deposizione di un testimonio solo od una confessione non munita di tutti i requisiti legali, non sono circostanze *del fatto*, e non si possono per conseguenza annoverare tra gli indizj, così è necessario valutarli colle norme ben diverse della prova composta (*).

La prova artificiale adunque, della cui spiegazione dobbiamo ora occuparci, comprende soltanto quei casi in cui, non essendovi nè confessione del reo, nè testimonianze, il giudice si convince della verità di certi fatti, unicamente in forza del concorso di circostanze accessorie, e per effetto delle deduzioni che egli stesso ne trae. Nel processo civile questa prova si prende in due significati: 1.° o la

8 Art. 30 e 31 C. C. C.

9 Ranft, *vom dem Beweise* (Della prova), pag. 148. Heffter, nel suo *Tratt.* (§ 628), annovera tra gli indizi le prove non fornite dei requisiti di legge.

(*) Così sancì il nuovo Reg. austr. di Proc. Pen.

legge istessa stabilisce delle presunzioni legali, per effetto delle quali il giudice, accertati alcuni fatti, deve tenerne come certi alcuni altri; 2.° o vien rimesso al criterio del giudice di seguire il suo convincimento razionale e di tenere per verosimili alcuni fatti, in forza di sue proprie argomentazioni. Così adunque nel processo civile vi son due specie di presunzioni, quelle fondate dalla legge stessa, *præsumptiones juris*, e quelle dedotte dal criterio personale del giudice, *præsumptiones hominis* (*). Ma ripugnerebbe alla natura del processo penale il creare anche in esso delle presunzioni legali [10], poichè dovendosi cercare la verità assoluta, non è lecito di dedurre la certezza da fatti solitamente ambigui ed ai quali, per la infinita molteplicità dei rapporti della vita, nemmeno il legislatore non potrebbe applicare norme permanenti che non fossero arbitrarie; e il giudice non otterrebbe mai altro che una verosimiglianza, la quale lo potrebbe anche illudere. La ragione che indusse il legislatore a troncare il nodo nel processo civile, attenendosi alle analogie che vi sono tra i più comuni avvenimenti della vita, non vale nel processo penale. Nè d'altra parte sarebbe sufficiente guarentigia l'accordare all'imputato il diritto della controprova, come la si accorda contro quelle presunzioni legali, poichè sarebbe un imporgli un carico troppo gravoso, e per di più col pericolo che ove egli non potesse o non volesse dare tal prova, risorgesse in tutto il suo vigore la presunzione legale. Anche il diritto criminale comune non ne riconosce, e sebbene vi si parli frequentemente di *præsumptio doli* [11], pure a quanto pare non era ancora una presunzione legale. Nei nuovi codici [12], si trovano bensì delle presunzioni, circa la prava intenzione e l'estensione di essa, e circa la necessaria difesa; ma i legislatori hanno poi favorito in alto grado la controprova, guidati da sentimenti di giustizia, coll'erigere la massima che la presunzione venga

(*) Una vera prova indiziaria nel processo civile non si può concepire in via assoluta e generale, ma solo in alcuni casi particolari come nelle cause di simulazione, nelle quali il soggetto partecipa assai della natura del dolo penale. Vedi su di ciò un mio articolo *Della prova per concorso di circostanze in materia civile*. Gazz. del Trib. di Milano 1855, num. 1 — A.

10 Vedi in proposito CREMANI, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 140.

11 Vedi più sopra capit. XVI.

12 Vedi le aggiunte a questo capitolo.

meno sol che sia dimostrata la verosimiglianza del contrario. Ed anzi coll' imporre al giudice il dovere di investigare d'ufficio anche le circostanze favorevoli per l'imputato, hanno resa nel più dei casi affatto innocua anche la presunzione legale.

Aggiunte inedite.

1.ª Molto fu scritto di recente circa l'essenza della prova artificiale [1], facendosi prevalere le prove così dette naturali, e volendosi dimostrare come la prova per indizj sia sempre più o meno fallace. A far sorgere quest' opinione concorsero da un lato l'eccessiva insistenza con cui si volle considerare la percezione dei sensi qual' unica fonte del conoscimento del vero; e dall' altro lato il timor dei pericoli inerenti alla prova indiziaria in caso di condanna, timore confermato pur troppo anche da alcuni fatti avvenuti. Quest' opinione è diffusa non soltanto in Germania ma anche in Inghilterra e nell' America settentrionale [2]; ed infatti così in quelli come in questi stati, massime se trattasi d'accusa capitale, i giurati sono restii a proferire una condanna, e od assolvono, od almeno danno al reato una denominazione meno grave, qualificando, p. e., l'omicidio come uccisione [3]; nel che poi i giudici si sforzano benespesso d'opporsi ai giurati, sostenendo che anche la prova indiziaria o circostanziale ha lo stesso valore che la naturale. Ma a valutar giustamente la prova indiziaria giova premettere che oltre le fonti sensibili delle umane cognizioni, ve n'ha una che dicesi di *induzione* [4], in forza della quale l'uomo partendo dalla costanza delle leggi naturali, considera come sussistente ciò che si conforma a quelle leggi, e conclude da un fatto noto ad uno ignoto, per il nesso che li congiunge, e quando son molti conducenti alle medesime con-

1 Brugnòli, op. cit., P.e II, capo V. — Wills, *Essay on the principles of circumstancial evidence.* (Saggio di princ. gen. sulla prova indiz). Londra 1850. — Best, *Teory of the presuntive evidence.* (Teoria della prova presuntiva o indiz.) Londra 1844. Lo stesso, *Treatise on the principles of evidence.* (Tratt. dei princ. della prova) Londra 1854, pag. 365, e principalmente poi Burrill, *Treat. on the nature, principles and rules of circ. evid.* (Tratt. della nat. dei princ. e delle regole della prova indiz.) Nuova York, 1850.

2 Will, *Essay*, pag. 30. Best, *Treat.*, pag. 368.

3 Burrill, pag. 69, 208.

4 Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 18, 678-686.

clusioni pel mutuo loro accordo, si decide ad accettare come vero il fatto principale della cui prova si tratta, piuttosto che opporsi al corso della natura [1]. È pertanto una operazione della mente che si giova delle leggi naturali e della diuturna esperienza, quasi a quel modo istesso che fanno i periti, i quali, dovendo proferire un giudizio, premettono i dati che la scienza insegna sulle leggi della natura, e presuppongono, ed anzi tengono per certo, che anche nel caso concreto le cose siano procedute secondo l'ordinario e regolare andamento della natura medesima. Così fa il giudice che rintraccia la verità; assunto tanto più importante perchè di solito il reo può nascondere bensì le vere *prove* della sua reità, ma non dissipare tutte le *tracce* del fatto, quali sono le orme dei piedi, le macchie di sangue, i capegli suoi proprj rimasti chiusi nelle mani dell'ucciso, e simili. Or molti scrittori, vedendo tanti argomenti di prova concorrere insieme ad una sola meta, non esitarono a proclamare il principio che gli indizj non mentiscono mai [2]; principio però non scevro da pericoli [3], per quell'arbitrario che necessariamente entra nel collegare insieme tante circostanze forse accidentalmente intrecciate tra di loro. Certo è che la prova diretta, p. e., la deposizione di testimonj di veduta, prevale alla prova indiziaria [4], essendo in quella l'operazione dell'intelletto assai più semplice e limitata, perchè tutto sta nel decidere se i testimonj siano degni di fede, il che essendo, il loro deposto dev'essere tenuto per vero; oltre di che tutto il complesso del fatto, e le cause ed i modi e i particolari di esso, ne spiegano la natura, p. e., se sia omicidio od uccisione; laddove nella prova artificiale, la necessità di ragionamenti e raffronti e deduzioni può condurre a conseguenze esorbitanti od arbitrarie. E la cosa essenziale è che cogli indizj non si può mai formare una prova diretta del come l'autore abbia commesso il reato, e però la fantasia del giudice dee riempiere le lacune, donde è tanto più facile l'illusione e persino l'ingiustizia, come nel de-

1 Quanto importi che non manchi nessun anello di congiungimento vedi in Best, *Tratt.*, pag. 370.

2 Paley, *Principles of moral.* (Princ. di mor.), cap. IX. (Con questa frase si volle significare che mentre il testimonio può voler dire il falso, le tracce dei fatti invece non possono significar altra cosa che la causa che le ha prodotte. L'Autore risponde assai finamente a questo argomento specioso — A.)

3 Burrill, pag. 216, Will *Essay*, pag. 27.

4 Burrill, pag. 224-234. — Best, *Tratt.*, pag. 367.

cidere quale sia stata la spinta al reato, e se l'autore abbia agito con premeditazione. Lo sforzo massimo adunque nella prova indiziaria, si è d'evitarne i molti pericoli [1]. Un di questi è, p. e., quello di accettare troppo facilmente come vero un fatto dal quale s' ha da trarre un indizio di reità, e poi collegarne insieme parecchi, che forse s' incontrarono a caso, come se fossero necessariamente connessi gli uni cogli altri, e finalmente riferirli a un reato avvenuto; — quel di credere che certe leggi (e massime se attinenti alla natura morale) siano reali mentre sono apparenti; — e finalmente quel di dare eccessiva influenza all'immaginazione, la quale può anche trovare una connessione tra i fatti quando non v'è, e persino creare gli anelli che mancano alla catena degli indizj.

II.ª Ma quel che pone in rilievo il valore della prova indiziaria si è la forma di procedura. Ed è quì che si mostra la preminenza della procedura orale, publica ed accusatoria; poichè in essa i fatti da cui l'accusa vuol trarre un indizio, vengono opposti, un per uno, all' accusato, e questi e il suo difensore vi si possono opporre, o per lo meno possono far domande ai testimonj a fine di meglio chiarire l'indole di ciascun fatto; e da tal discussione, che avviene sotto gli occhi dei giudici, questi ottengono materiali più convincenti e decisivi pel loro giudizio di quel che ottenessero una volta dalla lettura degli atti. E a ragione fu detto [2], che i giurati san valutare gli indizj meglio che i giudici permanenti, perchè questi se ne formano un concetto troppo scientifico, secondo certe regole generali di diritto e di pratica giurisprudenza, laddove i giurati decidono secondo l' impressione loro individuale, ponderate tutte le circostanze particolari del caso, non meno che le qualità personali dell' accusato e le esperienze della vita.

III.ª È però cosa essenziale che si distingua la prova indiziaria o circostanziale dalle presunzioni. In queste non entra l'opera del giudice, ed è la legge istessa che deduce un fatto da un altro, ed obbliga il giudice a tenerlo per vero. I giuristi [3], hanno fatte parecchie classi delle presunzioni, secondo che si ammette o si esclude la prova del

1 Burrill, pag. 206.
2 Burrill, pag. 193, 258.
3 Brugnòli, Op. cit., pag. 312, (§ 376) e tra i francesi Gabriel, *Essai sur la nature des preuves*, § 180, indi tra gli inglesi Best, pag. 376, e Burrill, pag. 60.

contrario. Molte ne ha il diritto inglese ed americano [1], massime sulla pravità d'intenzione, presupponendo, p. e., nell'omicidio la premeditazione, e in generale la imputabilità dell'accusato, e in questi casi i giudici ne istruiscono i giurati. Ma le presunzioni legali sono un errore nel diritto penale, perchè conducono facilmente all'ingiustizia, obbligando l'accusato a somministrare una prova contraria spesso assai ardua, e della quale poi i giudici non fanno gran caso, accontentandosi della presunzione legale. E nondimeno se ne incontrano anche nei nuovi codici, p. e., nell'infanticidio, nell'infedeltà, nella corruzione, nella falsificazione di monete, e non senza danno [2].

IV.ª Per ultimo è da notare che nella prova indiziaria, ancor più che nelle altre, si palesa il pericolo del sistema che fonda il giudizio sull'intimo convincimento. Poichè mentre in questa prova si richiede tanta diligenza di ponderazione, e tanta cautela a sfuggire i pericoli che la rendono fallace, è da temere invece che chi giudica, non dovendo rendere conto de' motivi, si determini unicamente in forza dell'impressione generale, e senza accurate indagini. Si confronti ciò che avviene in Francia con quel che avviene in Inghilterra, Scozia ed America, nei dibattimenti in cui si tratta di prova indiziaria [3]. In Francia, dove, aborrendosi da una teoria legale di prove, non si vuol nemmeno saperne delle regole di logica, si giunse naturalmente a considerare il convincimento come l'effetto d'una specie di istinto del vero, e l'espressione di una sana intelligenza. Di quì gli sforzi del Publico Ministero, per fare una gagliarda impressione sull'animo dei giurati, e indurli a dichiarar colpevole l'accusato. E però s'invocano e i suoi cattivi principj, e le già subite condanne, e lo strano contegno che annunzia la reità; e se l'accusatore riesce a dimostrare che l'accusato aveva una spinta a commettere il delitto, può essere certo che l'animo dei giurati propenderà a dichiararlo reo. Egli è ben naturale che in un sistema di tal natura non vengano esaminate partitamente le singole prove, e che non si cerchi nemmeno se il fatto da cui si deduce un indizio, (p. e, la minaccia) sia pienamente provato in

1 Best, *Tratt.*, pag. 582, 497. — Burrill, pag. 66.
2 Osenbrüggen, *Abhandl. aus dem Strafr.* (Mem. di dir. pen.), p. 168.
3 Vedi su di ciò la mia dissertaz. nell'Arch. del dir. pruss., 1858, pag. 145.

sè stesso. D'altro canto il difensore segue l'esempio del Publico Ministero, ma in senso opposto, sforzandosi di convincere i giurati che l'accusato non sia capace del reato imputatogli, e che l'accusa non sia nemmeno verosimile. L'arte del dire, massime quando si profondono le declamazioni e le frasi ardite, ha pur essa una grandissima influenza, e i giurati, non posti in guardia da alcun richiamo del Presidente, finiscono per proferire una decisione conforme a quella delle due orazioni che ha lasciata la più profonda impressione sul loro animo. — Ma la cosa va ben diversamente in Inghilterra, dove domina il principio, doversi, nel giudicare ed applicare le prove, seguir certi canoni di ragione e di giurisprudenza, sanzionati dai secoli. E quivi infatti si pensa [4] essere tutto l'intiero processo una operazione assolutamente logica; e doversi ogni singolo indizio far emergere ed esaminare con diligenza, sia circa alla prova dei fatti che li costituiscono, sia circa alle argomentazioni da dedursene. È obbligo poi dell'accusatore di addurre questa prova secondo le regole più rigorose, ommesse le prove incerte, qual'è, p. e., quella della cattiva fama [5] o del contegno singolare; come d'altro canto il difensore ben sa che le declamazioni gli sarebbero inutili, e che piuttosto dee combattere colla logica le prove dell'accusa. S'aggiunga per ultimo che il Presidente istruisce i giurati e sulle regole da invocarsi, e sulle lacune che si trovano negli indizj, e sull'obbligo ch'essi hanno di non condannare, se non quando sentano dissipati in loro tutti i dubbj importanti. Egli è così che i verodetti dei giurati inglesi derivano non già da una vaga e fallace persuasione, di cui non possano rendere conto, ma da una diligente e circospetta operazione del raziocinio.

CAPITOLO LIV.

Concetto della prova artificiale secondo le diverse legislazioni.

Egli è ben naturale che la prova per concorso di circostanze abbia una importanza maggiore in una legislazione fondata sul principio d'accusa con giudizj popolari

4 Burrill, pag. 115, 128.
5 Vedi ciò che già abbiamo esposto a pag. 89 del pres. vol.

(giurì), che non in quella dove domina il principio inquisitorio con giudici permanenti. All'indole del processo accusatorio meglio corrisponde l' idea d'una lotta tra le due parti, ciascuna delle quali si sforza di persuadere i giudici coi mezzi più acconci a far impressione sul loro animo. Ognuna di esse cerca di dimostrare la impossibilità dell' opinione contraria, e di rappresentare quasi in forma drammatica gli incidenti dei fatti, in prova di quello che asseriscono. E ove si consideri da un lato che il processo accusatorio non tende punto a ottenere la confessione del reo, e dall'altro che non di tutti i particolari del fatto ponno far fede i testimonj, è facile vedere che la prova artificiale è quella che dee verificarsi più d' ordinario; e tanto più perchè dove i giudizj son popolari, l'accusatore non tanto si sforza di persuadere la fredda ragione dei giudici, quanto di trascinare i loro sentimenti e la loro immaginazione, adoperando a quest' uopo tutti gli argomenti della prova indiziaria, senza fare una rigorosa distinzione tra certezza e verosimiglianza [1].

Per lo contrario nel processo inquisitorio domina una non interrotta operosità del giudice, che va in traccia della verità assoluta, guidato dal calmo raziocinio. Non v' hanno qui vive immagini che colpiscano lo spirito, sibbene una nuda raccolta di materiali di cui si vale la ragione colle norme che guidano la ricerca del vero, allo scopo di decidere della verità dei fatti imputati. Or siccome una rigorosa analisi della prova artificiale conduce a dubitare dell' efficacia di questa specie di prova, e d' altro canto i confini tra il sospetto e la certezza *prodotta da indizj* sono molto sottili, e il passarli dipende in gran parte dall'arbitrio del giudice, così anche la legislazione fondata sul principio inquisitorio dee dubitare della prova indiziaria, massime perchè quel principio ha per suo scopo il conseguimento della confessione e spesso l'ottiene. Ecco il perchè si è provveduto coll' attribuire a tal prova una efficacia minore. Che se poi i giudizj spettano ai giudici permanenti, e il legislatore vuol dar loro una teoria di prove, egli è facile che, pensando nell' interesse dell' innocenza ai pericoli della prova artificiale, e ponderando come stiano tra di loro in opposizione la prova naturale e l' artificiale, s'in-

1 Carmignani, *Teoria*, ecc. Vol. IV, pag. 177. (Lib. IV, c. 11).

duca o a non ammettere che questa abbia valore legale, o a porvi delle restrizioni.

Dalle premesse osservazioni è facile comprendere quanto dovesse essere importante la prova indiziaria nel processo penale de' romani [2]. Studiando i classici scrittori [3], scorgesi che l'indagine e l'applicazione degli indizj traevasi dalla vita comune, ed è perciò che in tanti luoghi del diritto romano [4], si trova attribuito gran valore agli *argumenta* [5], *indicia* [6], *e signa* [7]. † Egli è per questa istessa ragione della importanza che aveva la prova indiziaria durante la republica e nel periodo successivo, che nelle opere dei Retori son dati degli ammaestramenti sul modo di valersi degli indizj (*a*), ed anzi si trovano esempi nei classici, di accuse non su altro fondato che sopra di essi (*b*). Ed anche nel basso impero proibivasi bensì di condannare sopra meri sospetti (*suspiciones*) (*c*), ma poi le costituzioni imperiali dimostrano che bastava il concorso di più *indicia ad probationem indubitata et luce clariora* (*d*) †.

Poco possiam dedurre dal diritto canonico [8]; ma i giureconsulti del Medio Evo lasciarono molte prove della importanza in cui tenevano la teoria degli indizj e la forza provante dei medesimi. Furono essi che crearono la classe degli indizj così detti *indubitati*, i quali erano però una sintesi di più altri indizj. Per tal modo credevano d'aver risolta la quistione, ed avevano poi fatta una ditinzione tra i varj indizj secondo che servivano a determinare certe misure processuali [9]. Le prescrizioni sulla prova artificiale

2 Ce ne occuperemo più avanti.

3 Particolarmente Cicerone e Quintiliano.

4 Leg. 25, Cod. *de Probat.* (IV. 19) « Sciant cuncti, ecc. (riferita a p. 11). — La Leg. 2 Cod. *quor. appellat. non recip.* parla dichi è *argumentis convictus.* — Leg. 22 Cod. *ad leg. Corn. de fals.* « Ubi falsi examen incideri, tunc acerrima fiat indago *argumentis*, testibus, scripturarum collatione, aliisque *vestigiis* veritatis ».

5 Sul significato della parola *argumentum* vedi Quintil. Instit. Orat. lib. V, cap. 10. — Vossius, Comment. Reth., lib. I, cap. 2, n.° 2.

6 Citata legge 25, Cod. *de Probat.*

7 Nel cod. Theodos. const. 3. IX. 37.

(*a*) Massime nelle opere di Cicerone. Vedi Geib, *Gesch. des Röm. crim. Proz.* (Storia del proc. crim. dei rom.), pag. 358.

(*b*) Valer. Maxim. VIII. 15.

(*c*) Leg. 5, Dig. *De Pœnis.* « Nec de suspicionibus debere aliquem damnari, rescripsit ».

(*d*) Geib, op. cit., pag. 648.

8 C. 10. X. *De verbor. signif.* c. 2. 14. X. *De præsumt.*

9 Vedansi Angelus Arretinus, *De Maleficiis* § quod fama pubblica' n.° 15-29. — Gandinus, *De Maleficiis*, tit. *de præsumpt.* — Clarus, *Quæst.* 20, n.° 1-8. — Milloeus, *Tract. de probat.*, pag. 68-71.

formano la gloria della Cost. Carolina, e vi si riconosce la mente di Schwarzenberg, informata allo studio degli antichi retori. Contengono istruzioni complete [10] sul modo di rintracciare ed applicare gli indizj; questi però non bastavano da soli a legittimare una sentenza di condanna, per quanto fossero urgenti [11]; e potevano soltanto autorizzare l' applicazione della tortura [12]. Anche a ciò per altro non bastava una qualsiasi presunzione, ma ci voleva un indizio legittimo [13], e debitamente dimostrato [14]; e ne venivano poi dati alcuni esempi, sia pei reati in generale [15], che per alcuni in particolare [16]. Queste prescrizioni servirono di norma per la pratica, e gli scrittori di quel tempo non s' occupavano d' altro che di interpretarle. Durarono in vigore fino a che durò la tortura, ma sempre più se ne sentivano i difetti e gli inciampi, a cui rimediavasi in diverse maniere, p. e., colle pene straordinarie.

Nella compilazione de' nuovi codici tedeschi, dopo abolita la tortura, si cercò di utilizzare gli studj che s' erano fatti sulla prova indiziaria e si credette di poter dare ai giudici istruzioni compiute. E siccome l' idea dominante era che non si potesse condannare con sicurezza, se non colla prova naturale, si fece della indiziaria un contrapposto di quella; e per evitare poi l' inconveniente che ne venisse una pericolosa impunità dei colpevoli, si trovò la scappatoja di vietare soltanto che si condannasse per indizj alla pena *ordinaria,* prefiniti del resto colla massima precisione i requisiti per poter pronunziare una condanna anche colla prova indiziaria. Così fece il Cod. austriaco del 1803 [17], in cui sono esposti in via d' esempio ed a sussidio del giudice alcuni indizj reputati dalla legge come sufficienti. Similmente fece l' ord. crimin. prussiana [18], la quale enumerò gli indizj prossimi [19], e stabilì ad un tempo che

10 Tabor, *Analysis,* art. 18-24. C. C. C., nei suoi *tract. jur.* Lipsia, 1718., vol. II, pag. 468. — Tittmann, *Gesch. der deuts. Strafges.* (Stor. delle leggi pen. di Germ.), pag. 273.
11 Art. 22, C. C. C.
12 Art. 20, ivi.
13 Art. 20-29, ivi.
14 Art. 23, ivi.
15 Art. 25-27, ivi.
16 Art. 33-44, ivi.
17 Cod. austr.; 1803, § 412, migliorato poi grandemente dalla Sov. Pat. 6 luglio 1853, e dal Reg. di proc. pen. 29 luglio 1853 di cui ci occuperemo più innanzi.
18 Ord. Crim., art. 401.
19 Ord. Crim., art. 398-404.

per quanto fossero numerosi gli indizj, il giudice potesse proferire soltanto una pena straordinaria [20].

Più completo ancora fu il codice bavarese in cui si vedono rifuse le opinioni scientifiche di quel tempo e in cui si trova persino una definizione degli indizj [21], una distinzione sistematica di essi ed una serie di esempi [22], sì di indizj prossimi che di remoti [23], aggiuntevi condizioni rigorose e numerose per le quali è permesso al giudice di proferire una condana anche sugli indizj, non mai però una condanna di morte [24] (*).

CAPITOLO LIV *bis*.

(*Inedito*)

Stato attuale della legislazione circa la prova indiziaria.

Per conoscere lo stato attuale della legislazione circa la prova indiziaria è d'uopo distinguere le due forme fondamentali del processo.

I. Secondo le nuove idee, per le quali, abolite le prove legali, il giudizio è rimesso all'intimo convincimento, son tolte eziandio tutte le disposizioni relative agli indizj, reputate anch'esse inefficaci, anzi impossibili, poichè a voler regolare le condizioni di questa prova, si corre rischio, per difendere l'innocenza, che si assolva un vero colpevole a cagione della mancanza di qualche requisito. Nel cod. franc. art. 221, si parla di *preuves ou indices*, che il giudice deve esaminare prima di porre l'imputato in accusa [1]; altrove (art. 40, 133) si parla di *indices graves* i quali autorizzano certe disposizioni processuali; ma poi

20 Ord. Crim., art. 405., *b*.
21 Cod. Bav., art. 308.
22 Art. 310-319.
23 Art. 326-327.
24 Art. 328-330.

(*) A ultimare questo capitolo avvi ancora nel testo una mezza pagina con sei note. Viene omessa per espresso volere dell'Autore, il quale invece ci spedì manoscritto il seguente capitolo inedito, in cui si trovano le idee e notizie più recenti sulla prova indiziaria, circa la quale l'Autore scrisse anche una memoria intitolata *Der sogenannte künstliche Beweis*, ecc. (Della prova così detta artificiale, e del miglior modo di usarne nel processo orale ed accusatorio), Archivio 1858, vol. II. — A.

1 Helie, *Traité*, vol. VI, pag. 136.

è lasciato al giudice il decidere quando siano tali [2]. Gli scrittori francesi pertanto non credettero che importasse di esaminare minutamente i singoli indizj, sì piuttosto di procacciare che la procedura fosse tale da rimovere i pericoli che accompagnano la prova indiziaria (vedi più sopra la II. aggiunta al cap. LIII). Alcuni cenni si trovano in Bonnier [3], massime sulla giusta valutazione degli indizj quando sono parecchi connessi tra di loro [4]. Secondo l'articolo 342 del cod. d'istruz., i giurati sono ammoniti che la loro decisione dee dipendere dall'esserci o no *prove* o *indizj*, ma essi poi non possono esprimerlo coi motivi del verodetto, come farebbero i giudici permanenti e giurisperiti. Somiglianti disposizioni furono adottate in Germania ed in Isvizzera dopo il 1848, accolto il sistema dell'intimo convincimento. Ma i pratici se ne lamentano [5], e fortunatamente i vecchi giudici, abituati a ponderare accuratamente gli Indizj, lo fanno anche colla nuova procedura, e dove i giudici son permanenti, son costretti eziandio a prenderli in esame nei motivi delle sentenze.

II. V'hanno però alcune legislazioni che hanno conservato le prescrizioni sulla prova indiziaria, evitando tuttavia di discendere a troppo rigorose condizioni e limitandosi a cenni generali, pei quali molto è pur conceduto al criterio del giudice. Eccone un cenno:

A. Le più diffuse son le disposizioni del Reg. di proc. pen. austriaco, del 1853. Son due categorie; la 1.ª contiene l'enumerazione esemplificativa degli indizj e delle prove incomplete che rendono uno *legalmente* imputato [6]; la 2.ª contiene nei §§ 279-282 le norme sul modo di comporre la prova per concorso di indizj [7]. In complesso, molto

2 Helie, *Traité*, vol. V, pag. 759-761. Egli distingue indizj *gravi* e *leggieri*.

3 Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 675-686.

4 Vedi una accurata distinzione degli indizj nell'ediz. di Bentham delle *Preuves judiciaires*, vol. I, pag. 400, del duca di Broglie.

5 Tra gli altri il Proc. gen. Tippelskirch nell'Arch. del dir. pen. pruss., vol. V, pag. 303.

6 Reg. austr., §§ 137-143. (In luogo di trascriverli qui per intiero, crediamo che tornerà più utile e più comodo per il lettore il trovarli di mano in mano nei capitoli seguenti, dove l'Autore prende ad esaminare più da vicino gli indizj. Si noti però che siccome il Reg. austr. accenna molti indizj in via di esempio soltanto, così non troviam necessario di fare una completa esposizione di tutti e tanto meno un commento — A).

7 Vi sono però poste insieme anche le prove incomplete, il che è censurato da Rulf nel suo Comm., vol. I, pag. 252.

è rimesso al criterio del giudice, al qual fine vennero tolte alcune disposizioni troppo rigorose del cod. precedente; ma in pratica sorsero non poche difficoltà nella interpretazine della legge. Del resto è poi vietato di proferire una sentenza di morte per prova indiziaria (§ 284).

B. Nel *Mecklemburg*, una legge del 19 dic. 1855 ha abolite le disposizioni della precedente legge del 1841, che ponevano certe condizioni alla prova indiziaria, e per allargare il campo al criterio del giudice, dichiarò che in avvenire quelle che prima erano presunzioni fossero da considerarsi soltanto come motivi importanti di condanna, coll'obligo però di decidere secondo il convincimento, dedotto dall'insieme dei fatti e delle circostanze.

C. Il cod. pen. per gli stati estensi del 1855 dispone ciò che segue: art. 553. « La prova per indizj, anche all'oggetto di condannare alla pena ordinaria, risulta e si ha qualora gli indizj siano indubitati, ossia escludano ogni possibile contrario ». — Art. 554. « Gl'indizj remoti e molto maggiormente i prossimi, quando siano più e tendano allo stesso fine, si uniranno a far prova, ancorchè ciascun indizio non sia provato col mezzo di due testimonj ».

D. La legge del 1856 pel Cantone Ticino, all'art. 174, determina pei giudizj correzionali ciò che segue (poichè pei casi criminali avvi il Giurì): « Gli indizj fanno prova di un fatto quando la loro moltiplicità o la loro gravità non solo attesti la certezza del fatto medesimo, ma escluda la logica possibilità contraria ».

III. Nel diritto inglese, scozzese e americano la prova indiziaria ha un carattere suo proprio. Non sono già prescrizioni assolute sulla prova, ma condizioni richieste affinchè i giurati possano porre gli indizj a fondamento della loro decisione. Essi dunque, in fondo, sono pienamente liberi, quanto al ritenere o no provato il fatto, ma la pratica di più secoli ha poi creato un tal complesso di norme sì per valutare gli indizj, come per condurre il processo, che i giurati vengono a possedere i materiali più idonei per proferir la sentenza, separando gli elementi meno sicuri e le deposizioni che potrebbero trarre in errore; per modo che son costretti a fare una vera operazione logica prima di decidersi ad abbracciare una opinione, guidati poi anche dalle istruzioni che dà loro il Presidente. Ecco alcune di cotali norme: 1.° l'accusatore sa essere suo dovere di addurre indizj che abbiano uno stretto legame

logico col fatto principale; di provare i fatti che li costituiscono, non meno che le conclusioni che ne vuol trarre, dimostrando che per numero, peso ed intima connessione escludono qualunque ragionevole dubbio sulla reità. — 2.° Non vengono ammessi elementi di prova che siano per sè medesimi malsicuri e che potrebbero al più fondare una *presunzione*, quali sono il cattivo carattere o lo strano contegno dell' imputato. — 3.° Siccome l' accusato non vien sentito, così scompariscono anche quegli altri elementi di prova di cui si suol far uso altrove contro di lui, come le contradizioni, le smentite e simili (*).

Egli è poi da notare che codeste regole prudenziali non sono già d'inciampo ma di guida, e che non si trovano raccolte e formulate nella legge, sibbene vengono spiegate e sminuzzate al Giurì dal presidente nel suo riassunto finale, e proposte loro a guisa di istruzione. E del resto è regola fondamentale che prima che si parli d'indizj di reità dev'essere dimostrato il fatto in genere. Ma anche essendoci indizj, i giurati non condannano se manca un qualche anello alla catena in guisa da rendere insufficienti quelli che ci sono, o se ancor sussiste qualche argomento di dubbio. Anche su di ciò il Presidente li istruisce.

CAPITOLO LV.

Indizj. Presunzioni. Specie degli indizj.

La prova artificiale sta nelle conclusioni che si deducono da quei fatti, che si considerano come indizj o presunzioni [1]. L'indizio è pertanto in generale un fatto avente una tal connessione con un altro da potersi concludere

(*) Noi non sappiamo dividere tutta l'ammirazione che l'Autore sente per le instituzioni inglesi, o per lo meno non le riteniamo tutte applicabili ai nostri costumi. E in particolare su questo punto del non sentir in esame l'imputato ci sembra che la giurisprudenza inglese, per un eccesso di diffidenza contro i giudici, non si curi d' uno dei mezzi per iscoprire il vero, che pur suole adoperare qualunque uomo di buon senso nelle sue private querele, quel di domandare spiegazioni e giustificazioni a colui da cui reputa aver ricevuto un torto — A.

(1) Queste denominazioni s'adoperano promiscuamente nella pratica e nei codici. — (Carmignani trova preferibile la denominazione di prova circostanziale: « è la sola adattata, dic' egli, a indicare un fatto, un oggetto materiale qualunque, muto per sè medesimo, solitario, isolato, il quale acquista loquela, e a guisa di separata molecola, si pone in moto, si avvicina ad altre, e con esse forma un corpo di discernibil figura per il solo ragionamento dell' uomo ». *Teoria*, lib. IV, c. II.

dall' esistenza del primo all' esistenza al secondo [2]. Bisogna dunque che vi siano due fatti, l'uno dimostrato e l'altro non dimostrato, e che si argomenti da quello a questo [3]. Nel processo penale poi l'indizio è una circostanza che si connette con un reato commesso e che autorizza a concludere tanto sul fatto in genere, quanto sulla reità di una data persona. V'hanno adunque indizj *del fatto* (*), indizj *dell' autore,* e indizj dell' *indole del reato.* Qualunque indizio, come lo spiega la parola istessa, ha l' officio di *indicare* qualche altra cosa [4]; epperò racchiude in sè un fatto che di per sè è di nessun valore [5], ma che divien importante tostochè si pone in connessione con un altro [6], verso il quale richiama l' attenzione del giudice [7]. E il giudice se ne vale, tanto nel corso del processo per dirigere le sue indagini sul conto di una data persona, la quale senza di ciò passerebbe inosservata, quanto nella decisione finale per stabilire col soccorso del raziocinio la verosimiglianza di certi altri fatti. In ciò poi il giudice segue la guida delle leggi naturali, accertate da una lunga esperienza, o delle leggi della logica. Quanto più è certa e positiva questa legge naturale o logica, da cui scaturisce la connessione tra il fatto noto e l' ignoto, tanto è più importante l' indizio. E se la connessione è sì stretta da non trovarsi esempio precedente che accenni a un fatto di diversa natura, o che possa spiegarsi diversamente, il giudice ne resta piena-

(2) Vedi definizioni diverse in Globig, *Theor. der Wahrsch.* (Teor. della veros.), vol. II, pag. 309. — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 547. — Stübel, *Della essenza di fatto*, § 243. — Abegg. *Lehrb. des Criminalpr.* (Tratt. di proc. crim.), § 132. E il Reg. austr. § 135: « Indizj legali sono quelle circostanze che danno a riconoscere una connessione tale fra una persona ed un reato, che dietro imparziale ponderazione si renda verisimile aver la medesima commesso il reato o presavi parte ». È al certo una buona definizione.

3 P. e., si trova sul luogo dove avvenne il reato un brano d' abito appartenente ad A; e ne argomentiamo che questi fu sul luogo.

(*) Più innanzi verrà occasione di entrare nella quistione se il fatto in genere o il materiale del reato possa dimostrarsi per concorso di circostanze. Non si creda che con questa frase *indizj del fatto,* l'Autore abbia risolto il quesito, che è de' più delicati — A.

4 Gmelin, *Ueb. die peinl. Rechtspfl.*, ecc. (Dell'Amm. della giust. negli Stati minori), pag. 86.

5 P. e., l'aver sugli abiti delle macchie di sangue, o l'aver perduto un bottone del vestito.

6 P. e., perchè quel bottone vien trovato nel sangue sparso dall' ucciso.

7 E però gli indizj diconsi anche *fonti mediate* delle nozioni che il giudice acquista. Stubel, *Dir. crim.*, § 936, Abegg, *Tratt.*, § 132.

mente tranquillo e convinto [8]. Ma non è sempre così. Anzi nel più dei casi la conclusione da un fatto all' altro, accenna ad una mera *possibilità,* e tra i due fatti noi troviamo forse troppo leggermente un rapporto [9], e giudichiamo che l'uno dipenda dall' altro, mentre che sono indipendenti e solo *per caso* avvennero nel tempo istesso [10].

I rapporti di fatto son di due sorta:

1.° Un fatto può essere connesso talmente con un reato avvenuto, da presentarsi quale una delle circostanze che lo costituiscono [11]; o da far apparire una data persona in sì stretto rapporto materiale col reato medesimo, che essa debba poter somministrare argomenti e dati per la scoperta della verità [12]; — 2.° oppure i fatti hanno un rapporto astratto col reato (*), e nella loro connessione conducono a concludere che il reato medesimo *si possa* attribuire ad una persona piuttosto che ad un' altra [13]. Questa distinzione tra gli indizj d'una specie e quelli d'un' altra è importante [14], perchè nel primo caso il giudice è sempre e senz' altro autorizzato a esaminare colui a cui accennano gli indizj, per sentire da lui le giustificazioni che sapesse dare [15], o altre dichiarazioni le quali poi o fan

8 P. e., egli non può dubitare che la donna incinta non abbia avuto commercio con un uomo.

9 P. e., se uno recatosi alle ore 9 a passeggiare in un dato luogo vi avesse perduto un suo anello, il quale poi vien trovato durante le ricerchè che si fanno per un omicidio quivi commesso alle ore 10.

10 P. e., A corteggia la giovine B, ma avuta una ripulsa parte del paese il dì 10 di luglio. Propriamente il giorno dopo un terzo, C, rapisce quella giovine.

11 P. e., sono la qualità e la direzione delle ferite, l' istromento feritore e simili.

12 Come se A avesse dormito nella medesima stanza con B, il quale fu al mattino trovato ucciso; oppure se C venisse trovato in possesso dell'orologio che fu tolto a D quando venne ammazzato.

(*) La trad. francese dice: « *Les faits preesistants* (p. 429); e la trad. palerm. *I fatti che hanno preceduto* (pag. 322). Ma il testo dice: *Es sind Thatsachen vorhanden;* e infatti non sono soltanto le circostanze *preesistenti,* come quella citata in via d'esempio nella nota che segue, ma anche le *concomitanti* e le *susseguenti,* che hanno una relazione con una data persona, ed è evidente, dal complesso del periodo, che l'Autore volle distinguere gli indizj materiali e più sicuri, come è il possesso della cosa rubata, dagli indizj morali e meno sicuri, come sono l' interesse o la spinta a delinquere, l' inimicizia, il vanto e simili — A.

13 P. e., A vien trovato ucciso, e B aveva tutto l' interesse che morisse.

14 Vedi la mia *Proc. pen. ted.,* § 102. Klein, *Ann. der Rechtsgelehrsamk.* (Ann. di giurisprud.), vol. XXVI, pag. 39. — Kleinschrod, nel nuovo Arch. del dir. crim., vol. VII, pag. 56.

15 P. e., dove abbia acquistato l' orologio rubato che gli fu perquisito.

dirigere le ricerche verso un'altra persona [16], o accrescono anzi i sospetti contro l'esaminato [17]; — laddove nel secondo caso l'inquirente non ha il diritto ancora di esaminare la persona indiziata, poichè l'argomentazione che si può trarre da quei fatti è di mera *possibilità;* anzi non vi sarebbe nemmeno materia d'esame perchè non ci sarebbe un vero fatto su cui l'interrogato avesse a giustificarsi [18]. In questi casi casi adunque l'inquirente non può far altro che farlo sorvegliare per veder di procacciarsi nuovi materiali di ricerche. Se adunque l'indiziato non dà spiegazione degli indizj della prima specie, si rende sospetto; ma non così per i secondi.

Un'altra divisione degli indizj è quella dei *diretti* e degli *indiretti* [19]. I primi autorizzano a concludere sulla prova, anche senza l'intermedio d'altri fatti; dai secondi in vece si deducono de'fatti, dai quali soltanto si passa poi a concludere sull'argomento principale [20]; e non occorre dire quanto questi ultimi indizj siano deboli e remoti dal momento che si arriva all'oggetto solo per una serie tortuosa di fatti e di premesse.

Una terza distinzione, adottata anche da alcuni codici moderni [21], è quella degli indizj antecedenti, concomitanti e susseguenti [22]. Può giovare nel metodo delle ricerche durante il processo [23], ma non ha valore alcuno quando

16 P. e., se egli dice d'aver comperato l'orologio da un tale.

17 Massime se adduce giustificazioni menzognere.

18 Se, p. e., si sapesse che A era nemico di B, stato ucciso, si potrebb'egli, *per ciò solo*, esaminare A? E di che? Per domandargli se egli fosse nemico di B? Ma da ciò non verrebbe ancora che lo avesse voluto ammazzare. (Questa argomentazione non ci pare convincente. Se è vero che l'uccisore di B doveva essere un suo nemico, poichè qui si suppone che non vi fosse lo scopo di derubarlo, non vedrebbesi un motivo per non interrogare A, di cui si conoscono i sentimenti ostili verso B, a spiegare le cause e l'indole di quei sentimenti, i rapporti in cui era coll'ucciso, le sue mosse nel giorno e nell'ora del misfatto e simili. Questa è anche la pratica generale — A).

19 Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 548.

20 P. e., A approva un misfatto, e se ne argomenta ch'egli pure avesse la tendenza a commetterlo.

21 Cod. Bav. art. 310-312.

22 Anzi queste denominazioni si prendono anch'essi in differenti significati. (Un indizio *antecedente* è p. e., l'aver cercato di sedurre altri a commettere il reato, l'essersi procurato consigli ed informazioni sui mezzi di eseguirlo, l'aver provveduto lo stromento, fatte minacce, e simili. *Concomitante* è, p. e., la presenza nel luogo del fatto, nel tempo in cui fu commesso. *Susseguente* è, p. e., la tentata subornazione dei testimonj, la fuga e simili — A).

23 Abegg, *Tratt.*, pag. 228.

si tratta di conoscere del valore e dell'efficacia degli indizj [24], poichè uno concomitante non vale di più d'uno antecedente, e d'altra parte è una distinzione che non ha solida base, perchè talora è persino arbitrario il classificare un indizio nell'una piuttosto che nell'altra di quelle tre categorie [25]. E se guardiamo al modo con cui il Cod. bav. ha voluto dar pratica importanza a questa distinzionea [26], non lo possiamo poi approvare, poichè può anche darsi che non vi siano indizj susseguenti [27], e che ciò nondimeno la prova si possa ugualmente costituire cogli antecedenti e coi concomitanti.

Quarta distinzione è quella degli indizj *comuni* e *particolari*, i primi de' quali concernono tutti i reati, e i secondi soltanto alcuni. Ma anche questa è di nessuna importanza pratica, poichè son sempre gli indizj particolari, dedotti dal caso concreto, quelli che somministrano al giudice la prova.

Quinta distinzione è quella degli indizj *prossimi* e *remoti* [28]; ma essa pure è di poco rilievo [29], tranne pel giudice inquirente se la legge prescrive che certe misure processuali non si possano intraprendere se non quando vi siano indizj prossimi. Chiamansi poi indizj *prossimi* quelli che si deducono da fatti che sono così connessi con una data persona da avvicinarla strettamente al reato, perchè ogni altra spiegazione sarebbe inverosimile [30]; e diconsi *remoti* tutti quelli le cui conclusioni sono malsicure, od a cui si contrappongono delle presunzioni, o che, stando in un rapporto di mera possibilità, permettono che si concepisca anche una giustificazione pienissima dell'insorto sospetto. Ma dipenderà sempre dall'arbitrio il collocare un indizio tra i pros-

24 Tittmann, *Man.*, pag. 549.

25 Così la presenza in luogo diventa antecedente, concomitante o susseguente a norma dell'ora in cui vien supposto che sia avvenuto il reato.

26 P. e., collo stabilire nell'art. 528 n.° 1 che la prova sia piena allora soltanto che concorrono insieme indizj antecedenti, concomitanti e susseguenti.

27 Come quando l'imputato è preso sul fatto.

28 Ord. crim. pruss., § 398; cod. bav., art. 327. — E Reg. Austr. § 157: « A misura che, secondo il corso ordinario e naturale degli avvenimenti si rivela dalle circostanze la connessione tra un reato commesso ed una persona, con maggiore o minore verisimiglianza, sorgono indizj prossimi o remoti ».

29 La C. C. C. agli art. 27, 30, 31, 43, parla di indizj legittimi e di indizj sufficienti.

30 Vedi diverse definizioni in Stübel, *Vom Thatbest.* (Della ess. di fatto) § 248. — Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 549.

simi o tra i remoti [31], poichè non può mai dirsi se un indizio sia abbastanza convincente, e si dee sempre guardare alle singole circostanze del caso concreto, alle dichiarazioni dell' indiziato (*), e alla concorrenza con indizj così detti prossimi [32], essendo anzi facile a vedersi che un indizio diventa prossimo soltanto per il concorso di più circostanze e condizioni [33].

Un ultima distinzione è quella degli indizj *legali* [34], e *non legali* [35], e sorse dall'avere la Cost. Carolina, e dopo di essa alcune nuove legislazioni, enumerati parecchi indizj per dare esempi ed istruzioni ai giudici. Ma questa distinzione non ha poi nessun pratico valore, dacchè gli indizj annoverati dalla legge sono meramente dimostrativi, sicchè quelli non nominati hanno un uguale valore che i nominati (**).

† Anzi, così questa come le altre distinzioni sopra riferite, se ponno giovare come istruzione, ponno però anche trarre in errore i giudici ed i giurati. A che giova infatti la definizione degli indizj prossimi e remoti, contenuta nel

31 Vedi le enumerazioni di Tittmann, *Man.*, § 868-873, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 174.

(*) Di qui si vede che l'Autore ammette potersi esaminare anche colui contro il quale vi sono soltanto indizj remoti, affinchè ne dia spiegazione — A.

32 Il cod. bav. contiene nell'art. 327 numerose condizioni per le quali un indizio può dirsi prossimo.

33 L' Ord. crim. pruss. art. 398, n.° 4, annovera tra gli indizj prossimi la minaccia di commettere il reato, fatta poco tempo prima della sua esecuzione, da chi può ritenersi capace d'averlo eseguito (E difatti qui l' indizio è complesso: che sia stata fatta una minaccia, che sia avvenuta breve tempo prima, e che il minacciante avesse capacità, che poi vuol dire o spinta a commettere il reato (essa pure elemento complesso) o precedenti condanne, o mala fama — A).

34 Da non confondersi collo *præsumptio juris* di cui qui non parliamo.

35 Abegg, *Lehrb.* (Tratt.) § 154.

(**) Nei Reg. Austr. è detto al § 142 che per la legale imputazione, cioè per avviare l' inquisizione speciale, basta anche uno solo degli indizj annoverati nei §§ 138 al 140 o *d' altri equipollenti;* e così pure nel § 279, dove si parla della prova per indizj, si ripete che « debbono concorrere contro l' imputato, nel numero prescritto, gl' indizj della specie indicata nei §§ 138-140, o *di forza uguale* ». Quando però la prova si compone o di due prove incomplete, o di elementi surrogati per legge agli indizj, che sono la smentita giustificazione e la capacità, oltre gli indizj, non è più permesso di adoperare indizj equipollenti, ma devon essere di quelli tassativamente annoverati. Qui dunque si vede una importanza pratica della distinzione tra gli indizj espressi nella legge e quelli non espressi. In pratica si va assai cauti prima di ammettere un indizio equipollente. Vedi più indietro pag. 111, nota * — A.

§ 137 del Reg. Austr. riportato più sopra nella nota 28, se ancora sta nell' arbitrio del giudice il determinare qual connessione e quanta verosimiglianza vi sia? Il § 138 riferisce poi, in modo esemplificativo, parecchi indizj prossimi, generali per tutti i reati, e il § 139 i prossimi speciali ad alcuni. Ma ve n' ha di quelli che sono assai deboli; p. e., quello indicato nel § 138, n.° 3 di chi si è procurato consigli ed informazioni sui mezzi per eseguire il reato, poichè talora se ne fa ricerca per mera curiosità o per informarsi di qualche nuova strana scoperta (*a*) †.

CAPITOLO LVI.

Indizj d' innocenza. Contro-indizj.

A quel modo istesso che dovendosi giudicare delle prove cosidette naturali, è necessario tener conto anche di quelle che sono contrarie, così anche per dare il giusto valore al sospetto risultante dagli indizj, occorre di esaminare tutte le altre circostanze di fatto e di compararle con essi [1]. Sotto questo aspetto si distinguano due ordini di fatti [2]; e cioè 1.° di quelli in forza dei quali non è possibile, o non facilmente, credere che un fatto sia stato commesso da una data persona: e diconsi indizj di innocenza o presunzioni favorevoli; e 2.° di quelli pei quali gli indizj restano indeboliti, e che anzi servono a giustificare l' imputato, e diconsi contro-indizj. È possibile trovare un argomento giustificativo contro qualunque sorta d'indizj [3]; poichè un giudice previdente tiene calcolo di tutte le possibili ipotesi quali sarebbero che un caso fortuito abbia creato un rapporto tra il reato e l'imputato senza che questi v'abbia presa alcuna parte [4]; o che il vero autore abbia maliziosamente gettati su altri i sospetti [5]; o che l'indiziato istesso siasi circondato, senza malizia, di apparenze so-

(*a*) Vedi Brugnòli, op. cit. dove poi a pag. 467 avvi una tavola generale delle varie distinzioni tra gli indizj. Quella d'indizj *prossimi* e *remoti* era già accennata nella Leg. 21, § 5, Dig. *De testib.* (XXII 5).

1 Art. 28. C. C. C. Vedi la mia *Proc. pen. ted.*. § 172.

2 Vedi esposizioni diverse in Bauer, *Lehrb.* (Tratt.), § 162, Feuerbach, (Tratt.), § 561. Stübel, § 995. Henke, *Darstell.* (Esposiz.), § 129.

3 Bentham, *Rationale of evidence* (Princ. della prova), vol. III, p. 55.

4 Valga per tutte la storia notissima della gazza ladra.

5 P. e., A dopo avere ucciso B con dell'arsenico, ne mette il residuo nell' armadio di C.

spette [6], e simili. Ma talora le giustificazioni ponno persino scaturire da quei medesimi che formano gli indizj, come quando si dimostra o che il sospetto nasceva soltanto da mera apparenza [7], o che la cosa, dal cui possesso si traeva l'indizio, fu adoperata con lecito fine [8], o che in fatto la creduta connessione tra gli indizj e l' imputato non sussiste [9].

Diversificano da queste giustificazioni le contro-presunzioni, cioè le presunzioni contrarie all' accusa. Eccone alcune: 1.° Se l' imputato non può essere creduto capace di delinquere [10]; 2.° Se egli non ha quelle qualità [11], e condizioni [12], senza delle quali non era possibile commettere il reato; 3.° Se non aveva una spinta al delitto, ed anzi aveva un interesse precisamente contrario [13]; 4.° Se le sue qualità personali non permettono di supporre che egli abbia nemmeno potuto superare le difficoltà inerenti all' esecuzione del reato [14]; 5.° Se constano tali azioni dell' imputato, che non si possono conciliare in alcun modo

6 P. e., un innocente temendo d'essere preso in sospetto, fa de' cambiamenti in qualche sua cosa. Sente, p. e., che il reo aveva un abito con de'bottoni chiari, simili a quelli d'un suo abito, e a buon conto, per non essere sospettato, e per non avere fastidj, cambia que'bottoni. Egli si sarebbe da sè caricato d'un indizio.

7 Come se il possessore d' una cosa che fu rubata, dimostra che la comperò da un terzo.

8 Come quando chi aveva comperato del veleno, prova d'averlo adoperato per distruggere i topi.

9 P. e., che la inimicizia d'una volta è cessata.

10 Per la sua ottima condotta. (Giova però notare che i reati d'impeto, suscitati da veemente passione, possono commettersi anche da chi godeva ottima fama per condotta integerrima — A).

11 Se gli mancavano le necessarie forze fisiche.

12 Se erano necessarie certe attitudini scientifiche, che l' imputato non aveva.

13 P. e., se l' ucciso era il benefattore di colui che è imputato dell'omicidio. (E questa fu la cagione per la quale, molti anni or sono, il sentimento generale sorse a disapprovare la sentenza di condanna, pronunziata da un Tribunale di Lombardia e dall'Appello contro una intera famiglia imputata dell'omicidio di un tale che la frequentava per amoreggiare la figlia e *manteneva anche i genitori* consenzienti a quella relazione. Egli morì nella casa e probabilmente nelle braccia dell'amante (come essa confessava). Le apparenze fecero qualificare il fatto un omicidio mediante strangolazione; e una volta ritenuto per inconcusso questo giudizio dei periti, il Tribunale non poteva esitare a trovare i supposti autori. Ma la spinta assolutamente mancava; anzi l' interesse della famiglia tutta si era che l'amante vivesse. La figlia, sola superstite de'suoi, morti in carcere protestando sempre la loro innocenza, venne graziata da S. M. dopo tredici anni di pena! — A).

14. P. e., nello stupro, massime avuto riguardo alla sproporzione di forze tra l' imputato e la donna.

col ritenerlo l'autore del reato [15]; 6.° Se consta che il reato avvenne dopo che l'imputato si era allontanato dal luogo [16].

† Dissentono tra di loro gli scrittori nel determinare quali siano i contro-indizj. Rulf, nel suo Comm. del Reg. Austr. di proc. pen., vol. I, pag. 237 distingue i *contro-indizj*, o siano fatti dai quali è dato di argomentare il contrario di quanto emergeva dagli indizj, e gli *indizj d'innocenza* che son proprio diretti a dissipare il sospetto sulla reità dell'imputato (*). In Inghilterra alla *circumstancial evidence* si oppone la *exculpatory presumtion*. Wills, *Essay*, pag. 120, e più diffusamente Burrill, (op. cit., pag. 509-536) trattano degli indizj di discolpa e distinguono quei fatti con cui, purchè siano provati, si infirmano gli indizj d'aggravio, e li chiamano *infirmative facts*, e quelli che non han bisogno d'essere provati, perchè son presunzioni che rendono inverosimile la prova di reità, e li chiamano *supposable facts* †.

CAPITOLO LVII.

Ricerca degli indizj.

Per raccogliere i materiali che ponno servire alla scoperta del vero, l'inquirente dee rintracciare da prima quei fatti che servono di base agl'indizj, poi quelli coi quali si può constatarne l'importanza e l'efficacia. A render più facile codesta operazione si è fatto il tentativo di ridurre tutti gli indizj a certe leggi generali [1]; ma a che affaticarsi a cercar queste leggi (che in fin dei conti altro non sono che quelle della logica) dal momento che non è dato spe-

15 P. e., colui che si credeva aver dato fuoco alla casa, è anzi colui che lo ha spento con rischio della vita.

16 *Exceptio alibi.*

(*) P. e., sarebbe un *contro-indizio*, giusta questo linguaggio convenzionale, l'amore che l'imputato portava all'ucciso; sarebbe poi un *indizio d'innocenza* l'essere egli partito dal luogo del fatto qualche giorno prima, in atto di chi intraprende un viaggio. Non sarebbe ancora *provato l'alibi* nel momento del fatto, ma sarebbe verosimile. Confessiamo però che, sebbene i giudici debbano sentire e ponderare queste differenze, non è poi necessario il dar loro un nome, che al certo non spiega abbastanza la cosa — A).

1 Globig, *Theor. der Wahrsch.* (Teor. della veris.), P.e I, pag. 59. — Feuerbach, *Lehrb.* (Tratt.), § 547. Martin, *Lehrb*, § 84. 90. — Stübel, *Dir. crim.*, § 959.

rar di scoprire tutte le leggi possibili della natura e della mente umana, ed è poi arbitraria la classificazione che si fa delle conosciute? L' abile inquirente ha dinanzi a sè l'ampio campo dell'esperienza; quivi egli dee cercare tutti i dati possibili che accompagnano il fatto in quistione, compreso di questo principio che anche le cose apparentemente di minor conto, ponno acquistare importanza per un accorto inquirente, senza riguardo se per avventura abbiano preceduto, accompagnato o seguito il fatto, se egli, raffrontandole colle leggi della natura e delle azioni umane, dimostrate dall' esperienza, sa dedurne quel rapporto che le congiunge col reato, e trarne conclusioni decisive. E infatti è ragionevole il credere che anche nel caso concreto sia avvenuto quel che sempre avvenne in casi simili [2]; e da prima ci rafligurìamo dinanzi alla mente tutte le possibili ipotesi, poi cerchiamo di riposarci in una di esse, tosto che, ponderate e raffrontate tra di loro, troviamo che per quest'una sia maggiore la verosimiglianza. Applicando le nostre esperienze a codesto rapporto tra cause ed effetti, e richiamando le leggi che reggono i casi analoghi, ci troviamo indotti ad inclinare a quei fatti a cui accennano le deduzioni che ne scaturiscono.

Nell' investigazione concernente un reato qualunque [3], le indagini da farsi tendono a stabilire: 1.° Se le speciali circostanze del fatto si riferiscano a una persona determinata, la quale debba essere stata in un qualche rapporto col fatto medesimo; 2.° Se poi il reato possa essere attribuito piuttosto ad una che ad un' altra persona. Si dee pertanto indagare:

a) Quali oggetti, che prima non v'erano, si trovino sul luogo del fatto, dopo che fu commesso: dovendosene dedurre che chi li possedeva in quel tempo sia stato colà [4].

b) Se le tracce che guidano al luogo o dal luogo del fatto, abbian de' segni particolari [5], che combinando con

2 Jenull, *Dir. crim. austr.*, vol. IV, pag. 151. — Friedreich negli Annali di Zurhein, vol II, pag. 47.

3 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, § 121.

4 P. e., se presso il cadavere dell'ucciso si trova un anello che non gli apparteneva. Reg. austr., § 158, n.° 7. « Se taluno era presente nel luogo del crimine o delitto al tempo in cui fu commesso, *oppure* se in quel luogo si rinviene una cosa che egli possedeva intorno al tempo in cui fu commesso il crimine o delitto, senza che in questi due casi se ne possa con verosimiglianza ammettere un' altra ragione. »

5 P. e., le orme dimostrano che chi passò aveva scarpe di una data forma.

quelli trovati anche su una data persona, la rendano indiziata; o se conducono ad un luogo dove l'autore del fatto dev' essere andato.

c) Se qualcuno siasi trovato poco prima del fatto in istretto rapporto colla vittima e possa quindi darne informazione [6].

d) Se qualcuno possegga ora le cose che nel tempo del fatto erano nel luogo in cui questo avvenne [7].

e) Se sopra qualcuno si trovino tali tracce, che indicano essere egli stato presente sul luogo del fatto [8].

f) Se taluno abbia fatte operazioni che si presentano come preparativi o come allestimento dei mezzi idonei per commettere il reato [9].

Rispetto all' altro quesito: a qual persona si abbia da attribuire preferibilmente il reato, l' inquirente dovrà fissare la sua attenzione sopra coloro:

a) che per la loro cattiva condotta in generale fossero ritenuti capaci di delinquere [10].

6 P. e., se egli era nella camera dell'ucciso *poco prima* del fatto. (Questa presenza in luogo anteriore al fatto avrà una importanza soltanto in certi casi. V'hanno poi dei reati di cui non si può stabilire il momento nemmeno in via approssimativa; e secondo le distanze si potrà dire persino che l'imputato fu *poco prima* nel luogo del fatto, anche se sia trascorso qualche tempo, p. e., se quindici giorni prima uno, solito abitare a Londra, fosse venuto a Milano ed avesse avute conferenze segrete con qualcuno. Potrebbe sospettarsi che avesse quì concertato il delitto coll' esecutore immediato — A).

7 P. e., le cose rubate. Reg. Austr., § 138, n.º 8: « Se presso taluno, nella sua abitazione od in altro luogo di deposito da lui scelto, si rinvengono cose che il danneggiato possedeva al tempo in cui a suo pregiudizio fu commesso il reato, ovvero oggetti del crimine o delitto ».

8 P. e., macchie di sangue. Reg. Austr., § 138, n.º 9: « Se nella persona o nei vestimenti di taluno od in altre cose a lui appartenenti, o rinvenute presso di lui si scoprono vestigi del crimine o delitto, o della sua esecuzione, o della violenza che v' intervenne ».

9 P. e., compere di veleno. (È notissimo il processo Bocarmé. L'imputato erasi da tempo applicato ad estrarre dal tabacco la nicotina). Reg. austr., § 138, n.º 3. « Se taluno si è procurato consigli ed informazioni sui mezzi per eseguire il crimine o delitto »; § sudd., n.º 6: « Se ha fatto tentativi che si riferiscono al crimine o delitto, o si è esercitato in azioni di tale natura ».

10 Bentham, *Rationale* (Princ.), vol. III, pag. 190. (Si presuppone però che l' individuo sospettato abbia già contro di sè qualche indizio, come se tra più servitori d'una casa in cui fu commesso un furto si sospettasse piuttosto di quello che già fu punito per furto, che non degli altri di condotta incensurata. Quì i servitori avrebbero contro di sè, se non il vero indizio della presenza in luogo, poichè è giustificata, certo però un argomento generico di sospetto nella opportunità che avevano di rubare—A).

b) che possedendo le cognizioni [11] necessarie per commettere il reato, ne avevano con ciò l'attitudine speciale [12].

c) che avevano una spinta prevalente a commetterlo [13].

d) che dimostrarono col loro contegno anteriore al fatto, non essere estraneo in loro il pensiero di eseguirlo [14].

e) che prima del fatto assunsero informazioni di tal natura che dovevano riuscire importanti appunto a chi avesse prestabilito di commettere il reato [15].

f) che dimostrarono dopo il fatto una cura particolare di sottrarsi alle ricerche della giustizia [16], o di tergiversarle [17].

g) che cercarono d'impedire che l'inquisizione si dirigesse contro di loro [18].

h) che dopo il fatto furon veduti improvvisamente in condizioni siffatte, da non potersi altrimenti spiegare che coll'aver preso parte al reato [19].

i) finalmente quelli che danno a conoscere col loro contegno l'interna agitazione e il rimorso [20].

11 Se, p. e., per commettere il furto furono aperti con particolare astuzia i serramenti, e se per l'appunto un tale sia espertissimo in ciò. (Il Reg. Austr. vuole che quest' attitudine se la sia procurata evidentemente apposta — A).

12 P. e., se taluno sapeva *egli solo* dove precisamente il derubato soleva tener nascosto il danaro. (Il Reg. Austr. non ne parla. È però al certo equipollente ad altri indizj, p. e., all'essersi procurate informazioni — A).

13 Bentham, op. cit., vol. III, pag. 182.

14 P. e., se taluno si strinse palesemente addosso ad un tale, che poco appresso venne ucciso. Reg. austr., § 138, n.º 4: « Se taluno con precedenti minacce o con dichiarazioni in iscritto od a voce ha fatto conoscere determinatamente l'intenzione di commettere il (cioè *quel*) crimine o delitto; *oppure* ha manifestato una violenta passione contro il danneggiato dall'azione punibile e gli ha minacciato un male consimile ».

15 P. e., informazioni circa il luogo dove il derubato custodiva il danaro, o circa il cammino da lui preso.

16 P. e., spargendo false notizie sul fatto.

17 P. e., sopprimendo le tracce del reato, Reg. austr., § 138, n.º 11. « Se taluno ha allontanato, soppresso o distrutto tracce del crimine o delitto, ovvero si adoperò per allontanarle, sopprimerle o distruggerle, o per prevenire in altro modo le investigazioni dell'autorità ».

18 P. e., col transigere col danneggiato.

19 Come quando taluno, che poc' anzi era in condizioni strettissime, fa ad un tratto grandi spese. Reg. austr., § 139, lett. c. « Se taluno, dopo che fu commesso il crimine o delitto, ha fatto spese manifestamente eccedenti le sue facoltà ».

20 P. e., la fuga, (Reg. austr. § 138, n.º 10. « Se taluno, *subito dopo* che fu commesso il crimine o delitto o che se ne sparse la notizia, si è dato alla fuga, o si è tenuto nascosto senza altro credibile motivo ». E la legge ne fa un indizio *prossimo*. In qualche caso può darsi che abbia molta forza; ma di solito è fragilissimo, come dice Brugnòli, § 529 della sua opera, perchè anche l'innocente, quando sappia d'essere accusato a torto, può fuggire le terribili incertezze di un giudizio — A).

Digitized by Google

In tutti questi casi il fatto che fa rivolgere l' attenzione del giudice verso una data persona, forma la base dell'indizio; ma affinchè se ne possa dedurre un vero legale sospetto, è necessario che vi sia una serie di circostanze accessorie [21], le quali per la loro connessione valgano a determinare il convincimento del giudice [22], come riconoscono anche le leggi nel modo con cui descrivono i singoli indizj [23]. Così, a modo d'esempio, la minaccia è un indizio [24]; ma non una espressione minacciosa qualunque. E infatti bisogna vedere se fu detta seriamente con una intenzione profondamente meditata, o se piuttosto sfuggì in un impeto momentaneo di collera, senza che ne fosse pesata l'importanza; e così pure se il minacciante sia un uomo calmo che pondera le parole, e che è solito mandar ad effetto le sue risoluzioni; o se in vece sia leggiero e di cuore buono ed aperto; se la minaccia fosse generica, oppure facesse cenno di un reato determinato o d' altro consimile; e finalmente se sia stata fatta già da lungo tempo o poco prima del fatto. Un uomo prudente che voglia giudicare del valore degli indizj, dee dunque indagare tutti i fatti che influiscono ad accrescere o scemare la verosimiglianza, e confrontarli col fatto principale che costituisce l'indizio medesimo [25]. E il suo giudizio avrà tanto maggiore importanza quanto sarà più vasta e lunga la sua esperienza del mondo, e più lucida la mente e più acuta nel cogliere fin le minime accidentalità dei fatti, e quanto è più educato il suo spirito d' osservazione e pronto ed esercitato a giudicare.

Bisogna dunque por mente [26] 1.° Come sia provato il fatto che serve di base all'indizio. 2.° Qual sia la legge sperimentale in forza della quale noi da questo fatto dimostrato argomentiamo ad un altro. 3.° In qual modo si connettono insieme il fatto noto e quello da scoprirsi. 4.° Come si applichi al caso concreto la regola generale. 5.° Se forse non sia possibile spiegare questa connessione in un diverso modo non sfavorevole, e se perciò l'imputato non ab-

21 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, § 123.
22 Bentham, *Traité des preuves*, vol. I, pag. 311.
23 Ne offrono esempio tutte le leggi, e basta vedere con quanta circospezione di linguaggio sono enumerati gli indizj dalla legge austriaca.
24 Art. 53. C. C. C., e art. 310, 2, del cod. bav., e più sopra nota 14.
25 Bentham, op. cit., vol. I, pag. 315.
26 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, e Kleinschrod nel nuovo arch. del dir. crim., vol. VII, pag. 63.

bia giustificazioni da dare. 6.° Quali siano il carattere ed i rapporti personali dell' imputato. 7.° Se sia certo finalmente che il reato di cui vuolsi scoprire l'autore sia stato veramente commesso (*).

Esaminiamo più da vicino questi punti.

1.° *Come sia provato il fatto che serve di base all'indizio.* Un indizio perde la sua forza se il fatto che ne forma la base non è pienamente accertato [27]. Trovato sul luogo del delitto un anello che si dice di A, non è lecito di dedurne che A sia l'autore del fatto, se non quando sia assolutamente certo che quell' anello è suo. Se manca la prova, vien meno anche la base dell'argomentazione. Tutti i mezzi di prova che valgono per il fatto criminoso, valgono anche per gli indizj [28]. V' ha però chi dubita se gli indizj si possano provare con altri indizj [29]; ma chi lo nega non fa che ripetere la vecchia opinione, non darsi piena prova per mezzo d' indizj; e per di più dimentica come v' abbiano indizj che si deducono non già da fatti materiali, sibbene da elementi morali costituiti anch' essi per induzione da una catena di altri fatti [30].

(*) Anzi questa ricerca dovrebbe precedere alle altre — A.

27 Abegg. *Grundriss zu Vorlesungen üb. crim. Proz.* (Proleg. alle Lez. di proc. crim.), pag. 42. Tittmann, *Handb.* (man.), P.e III, pag. 552.

28 Dunque un testimonio solo non basta. (La confessione stragiudiziale deposta da un testimonio solo potrebbe concorrere a rafforzare la prova (nesso), ma non costituire la prova incompleta di cui parla il § 140 del Reg. austr., giacchè il § 282 vuole espressamente che le circostanze costituenti indizj siano *provate legalmente ciascuna da sè.* La sola eccezione è questa (§ stesso): « Se *più* circostanze di fatto, le quali solo pel mutuo loro nesso costituiscono un indizio, sono confermate da più testimonj, benchè isolati per rapporto a ciascuna di tali circostanze, può tuttavia risguardarsi come legalmente provato l'indizio nascente dalla connessione di queste circostanze, che si sorreggono a vicenda, purchè ognuna delle deposizioni sia fornita degli estremi designati dai §§ 269-271 ».

29 L' ord. crim. oland. del 1850 annovera nell' art. 541 le prove con cui si dimostrano gli indizj, ma non vi nomina la prova indiziaria.

30 P. e., l'inimicizia (Nel Reg. austr. non avvi disposizione tassativa che dica in qual modo debbano essere provati gl' indizj. Il § 282 vuole che le circostanze costituenti indizj legali siano *provate legalmente*; ma a schiarimento si noti 1.° che *due specie incomplete di prova* del § 140 (già riferito) tra di loro concordi, provano una circostanza di fatto qualunque (§ 278), e però anche un indizio. Così se uno confessò *stragiudizialmente* di essere stato presente nel luogo del fatto, e due testimonj impuberi, e però *non giurati*, attestano d'averlo veduto colà, certamente dovrà dirsi provato l' indizio della *presenza in luogo* di cui parla il § 158, n.° 7. — 2.° Che se l' indizio consta di più circostanze di fatto che si connettono insieme, e scaturisce anzi da tal connessione (per *induzione*), si richiede che quelle circostanze siano deposte da più testimonj benchè isolati (§ 282, vedi sopra nota 28). Con queste limita-

2.° *Qual sia la legge sperimentale in forza della quale noi da un fatto dimostrato argomentiamo ad uno ignoto.* Siccome il fondamento di ogni indizio consiste in una legge dell'esperienza (o, secondo altri, in una legge della natura), così la forza dell'indizio riposa tutta nel valore e nella efficacia di quella legge. Se questa risulta da una serie non interrotta di esperienze accertate, noi quando sappiamo che un fatto fu sempre accompagnato da certe condizioni di ugual natura, se troviamo che queste vi sono possiamo argomentare che esista anche quel fatto, poichè altrimenti sarebbero inesplicabili. Così spiegasi perchè gli indizj dedotti dalle leggi ordinarie delle umane azioni [31], siano sempre più fallaci che non quelli che si fondano sulle leggi fisiche [32], poichè non è sperabile di ridurre le azioni umane a leggi assolutamente determinate, e dappertutto predomina sempre l'arbitrio individuale, che può essere mosso da cause occultissime.

3.° *In qual modo si connettano insieme il fatto noto e quello da scoprirsi.* Ove si consideri che ogni fatto che noi valutiamo come base d'un indizio, è però sempre un fatto isolato [33], e che forse per puro caso è connesso con un altro, sorge il quesito assai arduo del come e quando dobbiamo noi dire che tra due fatti vi sia connessione. E

zioni il Reg. austr. ammette una prova degli indizj per mezzo d'indizj, sull'esempio del Cod. di Proc. pen. di Baden, § 268. Del resto è da considerarsi che alcuni che sarebbero indizj d'indizio propriamente detti, la legge li ha qualificati come indizj essi medesimi, con valore proprio. Così per provare l'indizio del possesso dello stromento con cui fu commesso il reato, si potrebbe addurre l'indizio d'aver comperato uno strumento somigliante, atto all'esecuzione, e insolito per la condizione dell'imputato. Or questo è già un indizio per sè, giusta il § 138, n.° 1. Per provare l'indizio della presenza in luogo si potrebbero addurre gli indizj 1.° della corrispondenza coi connotati del reo, dati dal danneggiato o da un testimonio; 2.° l'essersi trovato sul luogo del fatto cose dell'imputato. Or bene, questi son già indizj separatamente contemplati nel § 138, n.° 5 e 7. E così dicasi di altri — A).

31 Sulle induzioni che si possono fare dal contegno d'un uomo, vedi Bentham, *Princ.*, vol. III, pag. 149.

32 Così si può ben supporre che chi riceve d'improvviso la notizia della morte d'una persona cara, non esprimerà il suo dolore con frasi affettate e con declamazioni. Per conseguenza se un marito vedendo inopinatamente il cadavere della moglie, esce in frasi di tal genere darà certamente nell'occhio; ma non per questo vi si potrà dare un valore eccessivo e tanto meno si potrà erigervi sopra l'indizio di un misfatto. (Potrebbe darsi, p. e., che questo marito avesse recati de' dispiaceri alla moglie e volesse ora, con affettato cordoglio, dar a credere d'averla amata — A).

33 Tausch, *Rechtsfälle* (Casi di diritto) Vienna 1832, P.e I, pag. 115.

quì son necessarie speciali circostanze [34], per autorizzarci a considerare i fatti come collegati tra loro; a guisa di anelli che formino la catena tra il fatto noto e l'ignoto. Così se noi vediamo che A, stato sin quì miserabile, è improvvisamente diventato possessor di danaro, e lo profonde senza criterio nè misura; se ai 10 di giugno egli era ancora nella più profonda miseria, e nella notte successiva fu rubata una grossa somma di danaro nella casa di B, e tosto al dì 11 A possiede molto danaro, potrem noi, per ciò solo, collegare il fatto del furto colle spese straordinarie di A? Per sè, no di certo; poichè si potrebbero far delle ipotesi diverse, p. e., che egli avesse ricevuto quel danaro per vergognosi rapporti con una donna che lo pagava, oppure che lo avesse trovato la sera del 10, o finalmente che lo avesse guadagnato al lotto. Or quanto più le particolari circostanze del fatto sian tali da escludere qualunque onesta ipotesi, tanto più si sarà autorizzati a collegare insieme l'un fatto coll'altro [35]. Se non che anche quando fosse da considerarsi illecito quel possesso di danaro, non ne viene ancora necessariamente che stia in rapporto col furto commesso nella casa di B; poichè il ladro potrebbe anche averlo rubato in un'altra in quella medesima notte; sicchè è necessario ancora di indagare altre circostanze particolari, che fondino questo speciale rapporto col furto in quistione [36].

4.° *Come si applichi al caso concreto la regola generale.* Niuno dubita che le conclusioni devon essere conformi alle leggi della logica, e però non devono escludere alcuna delle necessarie premesse, nè racchiudere più di quello che queste comportino [37]; nel che è necessaria grande cautela.

5.° *Se la connessione possa spiegarsi diversamente e l' imputato abbia giustificazioni da dare.* Premesso che un indizio qualunque costituisce soltanto la *possibilità* di un rapporto tra fatto e persona, ne viene che sia un do-

34 Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 411.

35 P. e., A che ha fatto cambiar dell'oro, è un vecchio che non giuoca e non ha mai giuocato al lotto.

36 P. e., le monete da lui fatte cambiare son precisamente pezzi da 20 franchi di conio francese, specie di moneta appunto che fu rubata.

37 P. e., se uno fuggì dal luogo del misfatto, certamente ne avrà avuto un perchè; ma sarà giusto per questo il dire che sia fuggito perchè era il reo?

vere di diligente giudice istruttore, quel di ricercare eziandio tutte le possibilità del contrario, in modo cioè da dare al fatto una interpretazione non sospetta [38], paragonando poi tra di loro le ipotesi diverse e decidendosi per quella che, tra tutte, è la più verosimile. È dunque essenziale l'esame dell'imputato, perchè ben sovente egli può dare degli schiarimenti che dissipano qualunque sospetto [39]. Anzi, se l'imputato non può essere sentito, o se si rifiuta di dare de'schiarimenti, persino allora il giudice, in forza del suo obbligo di investigare e stabilire la verità assoluta, sarebbe tenuto di indagare d'ufficio tutte le ipotesi, le quali potrebbero giovare a discolpa [40].

Per valutare le giustificazioni dell'imputato è necessario vedere: *a*) se, ammessa la verità dei fatti da lui addotti, valgano poi a dissipare l'insorto sospetto [41]; *b*) se tali fatti siano provati abbastanza o almen verosimili. E infatti la cosa può essere diversa: egli può addurre cose plenamente provate [42], o soltanto verosimili [43], o affatto inverosimili [44], o finalmente false e contradette da altre prove [45]. Solo in quest'ultimo caso s'accresce il sospetto, e benchè possa darsi ancora ch'egli non abbia commesso il reato di cui lo si incolpa, ciò non ostante egli ha mentito, come soglion fare non pochi che pretendono di dissipare i sospetti senza dire la verità [46].

38 Kleinschrod, nell'Arch. del Dir. Crim., vol. VII, pag. 67. (Reg. Austr. § 3 riferito a pag. 48, nota 24 del pres. vol.).

39 Provando, p. e., d'aver comperate le cose rubate.

40 P. e., verificherà con testimonj se un dato oggetto trovato sul luogo del delitto appartenga realmente all'imputato, se lo possedesse immediatamente prima e simili.

41 P. e., colui che fu trovato in possesso delle cose rubate adduce d'averle comperate da B.

42 Come se adduce d'aver bensì comperato del veleno, ma d'averlo consegnato o per intiero ad un terzo, presso il quale ancora lo si trova.

43 Come se dice d'aver comperato il veleno per i topi, e si prova infatti che topi ve n'erano in casa, e ch'egli aveva detto di volerli avvelenare.

44 P. e., se asserisce d'aver comperato il veleno per fare delle esperienze chimiche, mentre nessuno ha mai saputo ch'egli se ne occupasse.

45 P. e., egli dice d'aver mandato il veleno al suo fattore perchè lo adoperasse ad uccidere i topi; e il fattore depone di non aver mai visto topi nè ricevuto veleno (Anche il Reg. austr., § 281, considera la smentita d'una addotta giustificazione, come un elemento di prova. Ne parleremo più innanzi, ed esamineremo il quesito se per provare la smentita occorrano due testimonj o basti un solo, come sarebbe nel caso qui addotto del fattore che nega ciò che dice il padrone — A).

46 Come quando si asserisce d'aver consegnato il veleno ad un amico, e non lo si vuol tradire col dirne il nome.

6.° *Quali siano il carattere ed i rapporti personali dell'imputato.* Quel che contribuisce di più a far giudicare del valore d'un sospetto insorto contro taluno, si è il tenore di vita da lui tenuto da prima, e il suo carattere morale [47]. E infatti egli è bensì vero che anche l'uomo innocente può essere circondato da apparenze che lo accusino; ma ben presto insorge la voce de' suoi concittadini che dice: non è possibile ch'egli abbia fatto questo. E già la Cost. Carolina voleva che nell'investigare gli indizj, si verificasse altresì se l'imputato dovesse considerarsi capace di aver commesso il reato [48]. Or in questa indagine della *capacità a delinquere,* bisogna verificare: 1.° se per avventura l'imputato fosse conosciuto per così severa e irremovibile rettitudine e per tali qualità e principj morali, da dissipare senz'altro il dubbio ch'egli si fosse macchiato d'un delitto; 2.° se invece la fama gli sia favorevole soltanto perchè non consta ch'egli abbia mai fatto del male; 3.° se anzi siano conosciute certe sue inclinazioni che potrebbero averlo trascinato a un delitto di tal specie [49], e 4.° finalmente, se sianvi stati de' fatti che valessero a porre in movimento codeste sue tendenze [50].

7.° *Se il reato sia stato veramente commesso.* Non meno importante si è di conoscere se il reato di cui si cerca per mezzo di indizj l'autore, sia poi realmente avvenuto. E invero v'han molti indizj che non avrebbero nessuna importanza di per sè, ove il reato non fosse stato commesso [51], perchè perderebbero ogni lor fondamento. Accertare adunque che il reato sia avvenuto è la quistione preliminare di tutto il processo.

Aggiunte inedite.

I ª È condizione essenziale per la prova indiziaria della reità, quella che il fatto in genere (*corpus delicti*) sia accertato. Che giova infatti che A sia indiziato d'aver pro-

47 Vedi la mia Mem. nell'Arch. del Dir. crim., vol. I, n.° 5.

48 Art. 25, 26, 31, 37. C. C. C. (Anche della *capacità*, parla il § 281 Reg. austr. che esamineremo altrove).

49 P. e., fu publicato un libello ingiurioso contro A; ed è noto che B si occupa volontieri nel farne.

50 P. e., poco prima che si pubblicasse quel libello, B fu gravemente insultato da A.

51 Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 409; e la mia *proc. pen. ted.*, § 172. (P. e., la presenza in luogo, la fuga e simili).

pinato a B del veleno, se poi non è certo che questi sia morto avvelenato? E sarebb'egli giusto trarre un indizio dal fatto che A non fece chiamare un medico durante la malattia di B? Ecco perchè il diritto inglese [1] esige per prima cosa, come base della prova indiziaria, che il materiale o corpo del reato sia dimostrato indipendentemente dagli indizj di reità. Anzi il Reg. austr. esige nel § 279 al n.° 1 che per poter pronunciare in base agli indizj *debb'essere provato legalmente il fatto con tutte le circostanze che ne costituiscono la punibilità.* Ma anche su questa massima si contende non poco [2]; e, p. e., si disputa se la prova del fatto si debba stabilire unicamente con prove dirette; e siccome ciò sarebbe spesse volte quasi impossibile, così si domanda se non possa bastare anche il concorso delle circostanze, almeno nei casi in cui il reato non lasciò alcuna traccia o segno esteriore, p. e., nello stupro [3].

1 Wills, *On circumstancial evidence* (Della prova circostanziale), pag. 156.

2 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, vol. II, pag. 481, nota 16.

3 Rulf, *Comment. al Reg. austr. di proc. pen.*, vol. II, pag. 125, e la *Gazz. dei Trib.* di Vienna 1856, n.° 17 (L'Autore ha citato l'esempio dello stupro; dovrebbe intendersi però nel solo caso che la stuprata fosse già solita agli amplessi virili, poichè soltanto in tal caso le tracce dello stupro non potrebbero più riconoscersi. La quistione poi se il fatto in genere possa essere dimostrato col concorso delle circostanze offre molti argomenti che seducono in favore dell'opinione affermativa, e il traduttore della presente opera li ha esposti in un suo articolo inserito nella *Gazzetta dei Tribunali* di Milano del 1854, numeri 38, 39, 40. Ma l'esperienza gli ha dimostrato che quella opinione sarebbe pericolosa nella sua generalità, e però coglie quest'occasione per modificarla in questo senso che il fatto in genere del reato non si possa dimostrare per concorso di circostanze se non in quei casi in cui la prova del fatto si congiunge indissolubilmente con quella dell'autore, come nei casi di frode. Nè si può dire che allora si violerebbe il § 279 al n.° 1, che vuole per prima condizione la prova del fatto, poichè la legge non ingiunge che tal prova sia *diretta*, e però, quando questa sarebbe *impossibile*, ben si dee concedere che sia anche *indiretta*, se non vuolsi rendere inapplicabile la legge penale. Così quando taluno denunzia falsamente un fatto, o per incolparne altrui, o per celare una illecita appropriazione da lui commessa sotto il manto simulato di una rapina, la falsità di quei fatti si deduce per lo più dal concorso di circostanze. E infatti dov'è il corpo del reato? Sta nell'avere esposto come vero ciò che non sussiste. Ma come mai una tale insussistenza si potrebb'ella provare con prove dirette? Come provare un *non fatto?* o per lo meno come non ammettere che la falsità si possa provare *anche* con indizj? Riteniam dunque che se la massima d'ammettere in tutti i casi, ed anche in quelli di *fatto permanente*, la prova del reato in genere per concorso d'indizi, è una massima troppo generale che pecca per eccesso, d'altra parte però la massima contraria di escluderla in *tutti* i casi, pecca per difetto. Fu adunque troppo generica la tesi adottata dall'*Eco dei Trib.* nel suo n.° 703, poichè la sentenza ivi

II.ª Uno de' più importanti requisiti della prova indiziaria si è che *una singola circostanza di fatto non può mai prendersi a calcolo che una sola volta, nè, considerata sotto aspetti diversi, può mai formare più indizj legali* [4]. Così dispone letteralmente il Reg. austr. al § 280, e sarebbe un contravvenire a questo principio il dire, p. e., che se nel luogo dell'omicidio si trova una spada di B insanguinata, sianvi a carico di lui più indizj, mentre che sono un solo [5].

riportata della suprema corte, in data 18 nov. 1856, n.° 10413, non esauriva l'argomento in astratto. Or si domanda: Se la prova del fatto in genere è mancante o insufficiente, qual formola di decisione deve adottarsi per l'accusato, contro del quale si hanno indizj di reità? Veramente la quistione non è attinente rigorosamente alle prove, ma concorre a spiegare la massima generale. Il chiarissimo avv. Marco Diena sostenne (*Eco dei Trib.* n.° 620), che in questi casi si dee sempre decidere con sentenza d'*ossoluzione ed innocenzo*. Ma anche qui convien fare la stessa distinzione, perchè quando la prova del fatto si connette con quella della reità, non si potrebbe proclamare innocente chi ha contro di sè degli indizj. Così una donna che confessa d'aver partorito e gettato nel fiume un bambino; che offre tracce di parto; e che infatti era incinta illegittimamente, non potrebbe essere dichiarata innocente, per ciò solo che il corpo del bambino non fu trovato, ma non potrebbe nemmeno essere condannata. E così dicasi di casi simili, che noi abbiamo esposto in un articolo, allora non firmato, nella *Gazz. dei Tribunali* di Milano del 1856 n.° 104-5 in risposta a quello del ch. sig. Diena. Ben inteso che queste osservazioni reggono soltanto in un sistema come quello del Reg. austr. che ammette la *sentenza dubitativa*. E la giurisprudenza pratica è poi conforme alla nostra opinione, come può vedersi nelle decisioni riferite dall'*Eco dei Trib.*, n.° 616, 624, 629, e in altri. Vedi del resto a illustrazione, gli articoli tolti dalla citata opera di Wills, nell'*Eco dei Trib.*, n.° 348 e 349. Baugnòli, op. cit., § 604 in relazione ai §§ 138 e 141 — A).

4 V. la mia memoria inserita nell'Arch. del dir. crim. del 1844, p. 516, e Bauer, *Teorio*, pag. 181.

5 Kitka, *Beweislehre* (Teoria della prova), pag. 376. Rulf, *Comment.* vol. II, pag. 129. (In un caso speciale uno era imputato di correità in un furto di stoffe, commesso da una bara ricoveratasi a passar la notte nella corte di un albergo. In casa sua e precisamente in un ripostiglio entro la canna del camino, erasi trovata una pezza di velluto, riconosciuta per una di quelle rubate, e si dimostrò che egli aveva cercato di farla vendere da un terzo a basso prezzo, raccomandandogli di non tenerla esposta nella vetrina. Egli sosteneva d'averla *trovata*. La 1.ª istanza lo condannò per *correità* ritenendo gli indizj: 1.° del possesso d'una delle cose furtive, 2.° della occultazione nella canna del camino, come tentativo di impedire le indagini giudiziali, 3.° della tentata vendita in modo sospetto. Il Publico Ministero (Ambrosoli) aveva invece proposto lo scioglimento d'accusa per correità, e la condanna per complicità, e appoggiava la sua proposta alla seguenti considerazioni, le quali, sul ricorso del condannato, furono accolte dal Tribunale d'Appello: 1.° Il nascondimento della cosa furtiva non è un indizio di più oltre il possesso, perchè la legge al § 138, n.° 8, dice essere un indizio se si trova la cosa nell'abitazione dell'imputato, *o in altro luogo di deposito da lui scelto;* l'imputato non aveva dunque nessun obbligo di tener la cosa in vista.

III.ª La quistione già accennata più sopra, se gli indizj si possano dimostrar cogli indizj, è assai disputata in pratica [6]. Certamente ci vuole grande circospezione, ed è poi generalmente ammesso che se l'indizio sorge soltanto dal nesso di più circostanze di fatto, queste debbano essere confermate da più testimonj, quantunque isolati per rispetto alle singole circostanze [7]. Si noti però che è sempre pericolosa la pratica di dedurre più indizj dalla deposizione di un medesimo testimonio (*).

CAPITOLO LVIII.

Qual prova faccian gl'indizj.

Per giudicare della efficacia degli indizj conviene esaminare 1.° se ed in quanto nel caso concreto, ogni singolo indizio abbia le condizioni sinora indicate; 2.° quale sia il loro numero; 3.° come si accordino insieme, e 4.° quale effetto producano gli argomenti e le presunzioni favorevoli.

Al n.° 1. Non occorre dire che quanto più è dimostrato che gli indizj sussistenti nel caso concreto abbiano le condizioni da noi tracciate nel capitolo precedente, tanto più sicuramente il giudice può indursi a trarne delle conclusioni efficaci.

Al n.° 2. Quanto al numero degli indizj basti porre per

2.° Il nascondimento non cade nemmeno sotto la disposizione del § 158, n.° 11 che dice: *se taluno ha allontanato, soppresso*, ecc. *tracce del crimine*, poichè la legge parla delle *tracce* e non delle *cose*, e le tracce sarebbero le orme, le macchie di sangue, ecc., e le altre parole o *si odoperò per prevenire in altro modo le investigazioni dell'autorità*, alludono, alla subornazione dei testimonj, alla specificazione delle cose e simili. 3.° La tentata vendita della cosa furtiva non cade poi sotto il § 159, lett. C, n.° 2, perchè quivi si parla di chi ha alienato o cercato di alienare cose *somiglianti* agli oggetti del crimine; e a ragione perchè sorge il *sospetto* che fossero le medesime; or quando consti ch' erano quelle identiche, cessa il sospetto, e sorge la certezza del *possesso*. Vedi il caso nella *Gazz. dei Trib.* di Milano 1856, numeri 99 e 100 — A).

6 Vedi la mia *proc. pen. ted.*, vol. II, pag. 481, nota 79.

7 Rulf, Comm., vol. II, pag. 156, confr. con Kitka. *Teor. della prova*, pag. 401 e 414. Vedi più sopra il § 282 del Reg. austr., p. 503, nota 28.

(*) P. e., un tale imputato del furto di due buoi, fu veduto da due testimonj cacciarli innanzi a sè sulla sponda destra del Po, mentr' egli abita sulla sinistra e il furto avvenne sulla sinistra. Siccome egli adduceva a sua giustificazione di non avere in quel giorno passato il fiume, così si ritennero provati 1.° l'indizio del possesso (chè i buoi furono riconosciuti) e 2.° la smentita della giustificazione. La pratica è costante in questo senso — A.

principio che devon essere più di uno. Fu il legislatore austriaco [1] quello che si provò pel primo a imporre al criterio del giudice una restrizione sotto questo rapporto; egli stabilì per regola che siano necessarj *tre* indizj [2]; ma ammise delle eccezioni, vale a dire che bastino anche *due* soli, quando apparisca che l'imputato aveva un particolare interesse, o una capacità dimostrata a commettere quel reato, ovvero quando sia provato legalmente il contrario di ciò che l'imputato aveva addotto per isnervare gli indizj sussistenti contro di lui. Or è facile vedere che in questi due casi d'eccezione venne però aggiunta una terza circostanza ai due indizj; e infatti e la spinta (o capacità) e la smentita, sono pur esse indizj in senso ampio, ossiano presunzioni per le quali il reato può essere attribuito all'imputato; laonde il legislatore austriaco avrebbe potuto esprimere la regola da noi esposta nel cap. LV colle parole, che a formare la prova per indizj si richiedono o tre veri indizj, o due indizj ed una presunzione (*).

Va notata altresì, circa il modo di calcolare gli indizj, la regola della legge austriaca [3], che si considerano come indizj diversi soltanto quelli che si fondano sopra diverse circostanze di fatto [4], epperò una sola non può, presa sotto diversi aspetti, formare più indizj. Così l'aver comperata una pistola, l'esserne stato veduto in possesso prima del fatto, e l'averla sparata, son sempre un indizio solo.

Al n.° 3. Quanto all'accordo tra gli indizj conviene notare che si opina ormai da tutti non essere necessario che concorrano insieme indizj precedenti, concomitanti e susseguenti [5]. Basta che pongano anzi tutto fuor d'ogni dubbio il legame che esiste tra l'indizio e il reato [6]; e secon-

1 Pat. imp. 6 luglio 1853, e così anche il nuovo Regol. di proc. pen. (L'illustre cons. aul. Kitka sembra dare la preferenza a quella Patente sopra il Regol. (*Eco dei Trib.* n.° 865). Se non c'inganniamo il suo giudizio è eccessivamente severo — A).

2 Pat. cit. § 6 e 7. — Reg. 1853 § 281 quasi identico.

(*) E infatti nel § 142 son detti indizj *remoti* la cattiva riputazione, la vita precedente diffamata, la vagabondità, la mancanza di onesti mezzi di sussistenza, la familiarità con persone sospette, i sotterfugi e le contradizioni nel deporre; le quali circostanze sono quelle su cui, almeno in parte, si fondano la capacità, la spinta e la smentita — A.

3 Pat. cit., § 5. Reg. 1853, § 280 che vi è conforme.

4 Jenull, *Dir. crim. austr.*, vol. IV, pag. 136.

5 Zeiller, Giorn. di giur. austr. di Wagner, 1826 vol. II, pag. 266.

6 P. e., il ferito depone d'aver morsicato in una guancia il suo offensore, e infatti, arrestato costui subito dopo, lo si trova morsicato in quel modo.

dariamente che convergano tutti al medesimo scopo, e specialmente verso la medesima persona [7]; poi si richiede che si completino e si chiariscano a vicenda [8], e finalmente che facciano sorgere una cotale verosimiglianza, che secondo il corso naturale delle cose, non possa ritenersi che altri fuorchè l'imputato abbia commesso il reato [9].

Ma quel che più rileva si è che a fronte di tutte queste regole, per quanto accurate, il giudice decide degli indizj non altrimenti che un *giurato;* e l'importanza loro consiste nell'impedire che si giudichi con leggerezza o con precipitazione, dappoichè devon essere osservate, e se ne dee dar conto nei motivi della sentenza.

Al n.° 4. Per ultimo convien bilanciare gli indizj di reità con quelli di discolpa e colle presunzioni favorevoli (vedi sopra, cap. LVI). Si considerino adunque le giustificazioni addotte dall'imputato, e si confrontino cogli indizj; e in secondo luogo si considerino quelle circostanze speciali che ponno far scemare la verosimiglianza che l'imputato fosse capace di commettere il delitto che gli viene apposto. Che se le giustificazioni addotte son dimostrate false, o se l'imputato risulta uomo capace di commettere il reato in quistione, la sentenza del giudice ne riesce tanto maggiormente fondata.

Aggiunte inedite.

1.ª È argomento difficile quello del numero d'indizj necessario; e il volerlo fissare in modo assoluto può avere dei pericoli. Così il Reg. austr. § 280 ne vuol di regola tre; ma se ponno bastare in molti casi semplici, p. e., nei furti, non basteranno di certo nei più complicati, quali sono gli avvelenamenti. E il pericolo è ancor maggiore perchè a'termini del § 281, se l'imputato è persona da cui il reato

7 P. e., nel caso ora detto, A fu veduto aggirarsi in modo sospetto presso la casa di B, e sul luogo del fatto poi si trovò un bottone del suo abito.

8 P. e., nel caso istesso, A cercò di cambiare subito dopo il suo abito, che era lordo di sangue.

9 Pat. austr., § 1, e Reg. 1853, § 279, n.° 3: « Dal nesso degli indizj, delle circostanze e relazioni rilevate mediante il processo, dee risultare un così chiaro e stretto rapporto, tra il fatto e la persona dell'accusato, che secondo il corso naturale ed ordinario degli avvenimenti, non rimanga alcun motivo di dubbio che il fatto non sia stato commesso da lui ».

poteva aspettarsi, basta un minor numero d'indizj; nè si può ben comprendere perchè mai sussistendo una presunta (e talor anche soltanto apparente) inclinazione a delinquere, si abbia da attribuirvi tanta forza da far bastare per la condanna un minor numero d' indizj. La legge avrebbe fatto meglio ad omettere codeste prescrizioni (*).

(*) E si noti ancor più che il § 281 nel suo ultimo periodo dice, che verificandosi *l'una e l'altra* delle circostanze indicate ai n.i 1 e 2 (cioè concorrendo insieme la capacità a delinquere, e la smentita giustificazione) basterà il concorso anche di *uno solo* fra gli indizj enumerati nei §§ 158 e 159 per instituire la prova. Ma per porre in maggior evidenza il pericolo che è inerente a questa specie di prova, giova considerare a quali eccessi può essere e fu condotta la applicazione della legge: 1.° Giusta il § 281 l'imputato può ritenersi capace a delinquere « se fu già precedentemente sottoposto a processo per un reato uguale o nascente da impulsi di somigliante natura, e non fu dichiarato innocente, oppure ne viene dichiarato reo nell'attuale processo ». Dunque un uomo di 50 anni imputato di ferimento, può dirsi capace a macchiarsi di tal reato, perchè in sua gioventù recò una lieve lesione in rissa; un altro è capace di furto perchè trent'anni sono fu imputato d'infedeltà, ed ebbe sentenza dubitativa (fors' anche per insufficienza di prova *del fatto in genere!*). Il non aver fissato un termine dopo il quale la presunzione di capacità o tendenza si estingue, fu grave errore, perchè è un negare la correggibilità dell' uomo, facendo rivivere la colpa antica senza tener conto della condotta onesta di tanti anni. Or che dire del caso in cui uno fosse accusato di due furti, l'uno commesso nel 1856 e l' altro nel 1857? Riconoscendosi nella sentenza la sua reità pel furto del 1857, si potrà dedurne la capacità a commettere l' altro furto precedente, e si potrà così adoperare questo elemento della capacità *nato dopo*, a completare la prova di reità del furto *anteriore?* Non ci meraviglieremmo se i lettori dicessero *per lo meno strano* codesto quesito, poichè non si sa immaginare come uno avesse nel 1856 una dimostrata capacità a rubare, pel motivo che rubò nel 1857. Non è codesta una dottrina fatalistica? Eppure il Trib. di Rovigo e la suprema Corte di giustizia (decis. 21 aprile 1858, *Eco dei Trib.*, n.° 811), hanno ritenuto che in quel caso la capacità era dimostrata, e l'accusato fu dichiarato colpevole d'ambi i furti, perchè, disse la Corte suprema, l'interpretazione contraria data dall'Appello veneto (vedine i motivi nel citato n.° dell'*Eco*) al § 281 del Reg. di proc. pen. non è conciliabile col suo *letterale tenore*. Dello spirito, non una parola. — 2.° la smentita giustificazione fu ritenuta provata anche con un solo testimonio, come leggesi nell'*Eco dei Trib.*, n.° 868 in una decisione dell'Appello veneto 10 agosto 1858 in conferma di quella del Trib. di Vicenza 1 luglio d. a. Quivi fu ammessa come provata la smentita perchè l' imputato, per giustificare il possesso della cosa rubata, aveva addotta la testimonianza di un tale, il quale invece negò il fatto su cui era introdotto. E il Trib. di Vicenza disse nei motivi non essere richiesto dallo spirito del § 282 (vedi sopra pag. 503 nota 28), che la smentita risulti da due testimonj, perchè non si tratta di provar un indizio, ma soltanto *d'una riprova accampata dall'accusato, e che egli appoggiava al deposto d'un testimonio unico*. Non è quì il luogo di esaminare questa decisione, ma ci limitiamo a notare che la legge dice esservi la smentita quando sia provato il contrario di ciò che l' imputato addusse per isnervare un indizio, e quindi la sua giustificazione sia manifestamente falsa. Or se egli aveva, p. e., detto d'aver passata la sera con Tizio e questi lo nega, non è egli

II.ª La cosa più importante per poter giudicare con sicurezza d'animo all'appoggio degli indizj, è che vi sia una serie di circostanze particolari, ognuna delle quali abbia uno stretto rapporto e col fatto e colla persona dell'imputato, sì che tutti si colleghino e si intreccino insieme come anelli d'una catena, in modo da essere cosa straordinaria e fuori del consueto che l'accusato non sia colpevole. E codesta catena sussisterà e per numero e per qualità, quando, p. e., cogli indizj vengano dimostrati e i preparativi al reato, e i mezzi per eseguirlo, e la possibilità che v'era, e la spinta che aveva l'imputato, e il modo con cui fu eseguito. Per conseguenza se anche l'imputato possedeva, a cagion d'esempio, il veleno, ma non si può dimostrare o in qual modo abbia potuto somministrarlo, o quale spinta ne avesse, resta al certo una lacuna nella prova indiziaria.

III.ª Il diritto inglese vuole per requisito essenziale della prova indiziaria che non resti più nessun dubbio ragionevole circa la reità, e questo principio vien raccomandato caldamente ai giurati [1]. Anche il Reg. Austr. ai §§ 272, n.° 3 e 282, esige che non sussista più nessun dubbio. Ma non sarebbe poi un dubbio ragionevole quel che manifestasse un giudice negligente il quale non avesse ponderate a dovere le cose, o un giudice meticoloso fuor di misura, od uno che per crearsi dei dubbj accettasse le più strane ipotesi; poichè il dubbio dee sorgere naturalmente dai fatti dimostrati nel processo, ed i quali indeboliscono le prove esistenti o la forza degli indizj; oppure dev'essere giustificato dal mancare un qualche anello di congiunzione negli argomenti probatorj, o dall'esserci motivi speciali che im-

troppo rigoroso il dir *provato il contrario*, mentre che al postutto egli colla testimonianza del solo Tizio non avrebbe *provata* la sua giustificazione, nemmeno se fosse stata favorevole? Da tutto ciò deduciamo che se, p. e., un imputato di furto venisse condannato perchè ritenuto *capace* a rubare, a cagione d'un altro furto *posteriore*, e perchè l'*unico* testimonio addotto a provar l'alibi lo contradisse (e forse aveva le sue ragioni) e perchè del resto concorreva un solo vero indizio (p. e., corrispondenza di connotati coll'autore del furto), certamente, diciamo, una sentenza siffatta farebbe una cattiva impressione, perchè la prova si ridurrebbe ad una verosimiglianza molto debole. Ben è vero che in questo esempio si dovrebbe censurare piuttosto l'applicazione della legge che non la legge istessa; ma siccome la legge fu interpretata in tal modo, è lecito supporre che l'esempio potrebb'essere imitato. Ed è perciò che abbiamo voluto porre in guardia gli studiosi contro siffatte intemperanze della pratica — A.

1 Burrell, pag. 201 e 236.

periscano di credere reo l' accusato, come se, p. e., non poteva avervi interesse veruno, o se non ne avea la fisica attitudine, e simili.

CAPITOLO LIX.

Valore della prova indiziaria in generale.

Per comprendere quanto sia importante nel processo penale la quistione se gli indizj possano bastare a far prova dei fatti ed a far proferire la condanna dell' accusato, basta considerare che nel maggior numero de' casi la prova indiziaria è la sola che si abbia, e che perciò, se al giudice non fosse permesso di valersene, sarebbe a prevedersi che un gran numero di veri colpevoli verrebbero assolti per mancanza di altre prove. Ma d' altra parte, ove il giudice sia autorizzato a condannare anche colla prova artificiale, gli si dà un diritto temibile di vita e di morte sopra i suoi concittadini, con facoltà di usarne a seconda del suo criterio, e perciò col pericolo che ne faccia abuso. E non è timor vano, perchè è cosa omai ammessa da tutti che ogni tentativo dei legislatori per definire con precisione i requisiti della prova indiziaria, riesce inutile, dal momento che, in ultima analisi, quel che determina la condanna è il convincimento del giudice, non sempre dimostrabile, per modo che il giudice decide in questi casi come un vero giurato [1]. E infatti per conoscere se il concorso d'indizj sia tale che non lasci più verun dubbio sulla reità dell' accusato, secondo il corso naturale ed ordinario delle cose, non ci vogliono già precetti assoluti di legge, ma basta quell' indefinibile senso giuridico che dà la natura. V' hanno però uomini di grande autorità [2], i quali son contrarj alla prova circostanziale [3]. Dicono essi fondarsi la prova soltanto sulla

1 Grolmann, *Grunds.* (Princ.), § 451. — Jarke nel nuovo Arch. del D. crim., vol VIII, pag. 141, e la mia dissertaz. nel vol. XII, pag. 497.

2 Sopra gli altri Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 176 (Lib. IV, c. 11). † Nel suo progetto di un codice di procedura penale pel Portogallo, stampato ne' suoi *Scritti inediti*, Lucca 1852, vol. V, pag. 334, egli dà una diffusa istruzione sul modo di giudicare cogli indizj; e nel vol. VI, p. 340 spiega poi i principj cardinali di questa specie di prova. †

3 Intorno a codesta quistione vedansi in ispecie: Cremani, *Elem. jur. crim.*, vol. III, pag. 166. — Bentham, *Traité*, vol. I, pag. 405. — Bayl, *Beitrag zum Criminalr.* (Studj di Dir. crim. pag. 291.) — Pratobevera, *Mater.* vol. I, pag. 145. — Weber, nel nuovo Archivio, vol. III, pag. 102. —

certezza, e la certezza poi sulle percezioni dei sensi, immediate o mediate; un indizio qualunque non poter produrre mai altro che una probabilità, sicchè per quanto siano numerosi producono al più una probabilità altissima; ma la somma di tante probabilità non formare ancora una certezza; e considerano perciò gli indizj come fatti isolati che si pongono ad arbitrio in connessione con un reato, mentre forse il rapporto è meramente fortuito; come è del pari un effetto del libero criterio del giudice il determinare quanto esso voglia dedurre da un dato indizio. Aggiungono gli avversarj della prova indiziaria, che la differenza intima tra la certezza prodotta dalla confessione e dalla testimonianza, e l'effetto che si ottiene dagli indizj, si fa palese da ciò, che quei fatti medesimi che costituiscono gli indizj non si possono provare altrimenti che colla confessione o colle testimonianze anch'essi (*), sicchè è manifesto questa essere la sola via per cui si giunge alla certezza. E invero, continuano essi, il confitente e i testimonio ponno sempre riportarsi ai loro sensi in prova di quel che affermano; ma non così quanto agli indizj; poichè la natura loro è astratta (**), e la prova che se ne vuol dedurre si risolve sempre nel così detto intimo convincimento. Poi, aggiungono questi propugnatori della prova materiale e diretta, qual guarentigia possono dare gli indizj? se il confitente non dice cose non vere, gli è per un sentimento innato di timore della pena, e del pari se il testimonio si trattiene dal deporre il falso gli è pel timore che la menzogna si scopra; ma negli indizj si cercherebbero invano questi elementi di timore.

Se non che tutti questi argomenti degli avversarj perdono la loro importanza, quando ci facciamo a considerar da vicino le erronee premesse da cui sono dedotti. E invero essi fanno della certezza e della probabilità due contrapposti troppo assoluti, col voler sostenere che la certezza non si possa trarre che dalle percezioni dei sensi. Richia-

Kleinschrod, *ivi*, vol. VII, p. 213. — Henke, *Darstell.* (Espos.), § 127. — Tittmann, *Man.*, vol. III, pag. 551. — Zum-Bach, *Ansichten* (Idee), pag. 373. La mia *Proc. pen. ted.*, § 175; indi varj art. nel Giorn. d'Hitzig., fasc. 17, pag. 173, e fasc. 19, pag. 178. — Abegg, *Lehrb.* (Tratt.), pag. 240.

(*) Vedi più sopra a pag. 503 quel che si è detto della prova indiziaria degli indizj — A.

(**) Il testo dice *Ihr Wesen sey ein mystiches*, e vuole esprimere, se non erriamo, che l'indizio consiste non tanto nella cosa quanto nel rapporto che noi troviamo tra la cosa da un lato e il reato e il reo dall'altro, il qual rapporto è un concetto astratto — A.

miamo qui le cose già da noi sviluppate [4], e per le quali giungemmo alla conclusione che la certezza consiste in quel grado di convinzione che sente colui il quale tiene per vera una cosa in forza di un complesso di motivi che escludono ogni ammissibilità del contrario. Richiamiamo altresì la dimostrazione che noi abbiam data delle fonti da cui la certezza si trae [5], dove crediamo d'aver dimostrato che noi diamo fede non soltanto ai nostri sensi, ma anche ai risultamenti ed alle conclusioni che la ragione deduce dai dati che i sensi somministrano; d'onde viene che quella ricisa distinzione tra i casi di percezione immediata e quelli di argomentazioni razionali, è mal fondata ed anzi erronea. E persino in quei casi (già lo abbiam detto) in cui si parla di mezzi probatorj di percezione immediata, come sono la confessione e la testimonianza, e principalmente in quest' ultima, è sempre una catena di argomentazioni quella che ci fa credere a ciò che rappresentano i sensi, argomentazioni che abbiam sviluppate al debito luogo (pagina 166 e segg.), e nelle quali ogni uomo spregiudicato dovrà al certo convenire.

Nel sentenziare all' appoggio degli indizj il nostro spirito compie le seguenti operazioni: 1.° Dalle circostanze accessorie di un fatto noi deduciamo, per effetto di certe leggi comprovate da una costante esperienza, una connessione con una determinata persona; e ci decidiamo ad abbracciare una opinione, allorquando abbiamo esauriti tutti i più diligenti tentativi per spiegare la cosa anche in un modo favorevole per l'imputato, sia col dargli la più ampia possibilità di giustificarsi, sia col tener dietro a ogni traccia da lui offerta per constatare gli argomenti di sua difesa, sia finalmente col farne oggetto di indagine ex officio. E allora soltanto che o l' imputato non dia veruna giustificazione, o quella data sia falsa, noi ci determiniamo a trovare una connessione tra il fatto e l'imputato. — 2.° Nè questo ci basta, ma ancora esaminiamo se le particolari circostanze del caso suffraghino quella conclusione, e in ispecie se le qualità personali del prevenuto palesino la sua tendenza al reato, nel modo in cui fu commesso, e se egli vi avesse un tal interesse particolare da poterlo ritenere l'autore. — 3.° E ancora non ci fidiamo di siffatto argomento, e guar-

4 Vedi pag. 71, 72 del presente volume.
5 Vedi Cap. XV.

diamo se, anche nel loro insieme, tutte le varie circostanze del fatto conducano al medesimo risultamento; epperò quando gli indizj sono parecchi, guardiamo se gli uni sostengano gli altri, e se, secondo le leggi dell' esperienza, diano corpo e vigore all' argomentazione che scaturisce da quel nesso tra fatto ed autore. — 4.° Finalmente vogliam che ci sia un così stretto accordo tra gli indizj ed il fatto, che o si debba necessariamente accettar come vera la conclusione sulla reità dell' imputato, o si debba ricorrere, per giustificarlo, alle più strane ipotesi di fatti insoliti nel corso degli umani avvenimenti, e per ciò stesso inverosimili. In quella guisa che crediamo a chi confessa perchè non ci sembra concepibile che un uomo di mente sana voglia andar incontro ad un male confessando dei fatti, che, se fosse innocente, non potrebbe sapere; in quella guisa che crediamo ai testimonj perchè non sapremmo come mai due uomini degni di fede possano dir le cose istesse con tanto accordo e senza previo concerto, se non fossero vere; nella stessa guisa noi crediamo al concorso delle circostanze perchè diversamente dovremmo riconoscere che tutte le nostre esperienze erano illusioni, e che le vie sin quì tenute, nelle occasioni più importanti della vita, per accertarci dei fatti, non erano che inganni.

La prova indiziaria ha anzi questo vantaggio, che con essa si può giungere per più strade al medesimo punto, sicchè il risultamento ottenuto per l'una sostiene e rafforza quello ottenuto per l'altra, più di quello che avvenga nella prova per confessione o per testimonj. E infatti nella confessione gli è pur sempre ad una sola persona che noi diamo fede; or se noi ci ingannassimo nel credere che il confitente non abbia verun interesse a dirsi reo: se si fosse davvero offerto come vittima in luogo d'un altro (e la cosa non è impossibile): se per effetto di una occulta aberrazione mentale avesse deliberato di morire; ecco cadere tutto l' edificio delle conclusioni che noi ne avevamo dedotte. Così pure, nella testimonianza, se noi c' ingannassimo nel supporre che i testimonj fossero indipendenti gli uni dagli altri così nell' osservare come nel riferire le cose: se sgraziatamente essi si fossero messi in segreto accordo, non sarebbe forse distrutta con ciò solo tutta la efficacia della prova? — Negli indizj per lo contrario son varie le strade che guidano a uno stesso risultamento. Tizio è macchiato di sangue sugli abiti e se ne scolpa con una menzogna; una cosa sua si trova sul

luogo del fatto, ed egli è scoperto in possesso di cosa che fu portata via nell'occasione del reato; e anche di ciò egli si scolpa con altre menzogne. Or ecco tre vie per le quali noi andiamo al medesimo punto. Sia pure che cogli indizj si può ingannarsi; ma e le confessioni insincere, e le false testimonianze, non contano? Poi, vedasi quale incoerenza! Si ammette che la prova per periti, e la prova composta, e quella che risulta dal detto di più testimonj sospetti, possano servire al convincimento; eppure su che si fondano? Nelle perizie non è forse una catena di presunzioni quella che conduce il giudice a fidarsi delle dichiarazioni degli esperti in vista della loro abilità, delle cognizioni loro e delle fatte osservazioni [6]? Nella prova composta [7], qual sarebbe la deposizione di un testimonio combinata con una confessione stragiudiziale o con più indizj, non è forse ancora una operazione della mente quella che raccoglie insieme codesti disparati elementi di probabilità e che ne trae la conclusione dover essere vero ciò che in tanti modi apparisce tale? Noi non potremmo spiegarci diversamente quell'accordo. E così dicasi, per ultimo, quanto alla prova dedotta dal deposto di più testimonj sospetti; è sempre una serie di argomentazioni [8]. E fa senso il vedere che si dubita della prova indiziaria nella quistione se l'imputato abbia commesso il misfatto, e poi si decide indubbiamente per indizj l'altra quistione se avesse pravità d'intenzione, o se il reato fosse omicidio o semplice uccisione [9].

Sarebbe un negare i fatti, il non voler ammettere che sotto l'apparato della prova artificiale caddero non pochi innocenti, vittime della leggerezza, della mala fede o della cortezza dei giudici (*). A ben valutare la prova indiziaria si richiede bensì nel giudice la massima prudenza, ma poi, compiuto coscienziosamente questo officio, non può negarsi che noi ci sentiamo così sicuri e tranquilli come quando possediamo le prove che diconsi immediate e dirette [10].

6 Vedi più sopra pag. 167 e capit. XXVI.

7 Abegg, *Lehr.* (Tratt. di proc. crim.), pag. 245. Egli che pure non inclina a credere agli indizj, ammette che non v'ha ostacolo ad accettarli, quando la sentenza non si fondi in essi soli.

8 Vedi più sopra cap. XLVI.

9 Come quando l'imputato confessa d'aver voluto ferire ma non uccidere.

(*) Vedansi degli esempi nell'opera di Brugnòli. —A.

10 Vedi in Bentham, *Traité des preuves*, vol. I, pag. 400-412 un confronto tra le due specie di prova.

E d'altra parte non avvi forse nessun pericolo nella prova diretta? Non può forse un giudice leggiero o poco intelligente far del male? Non può forse venir ingannato anche il più cauto e diligente [11]? Se vi furon vittime innocenti, può affermarsi che fu nei casi in cui mancava il fatto in genere del reato; sicchè da credute circostanze accessorie d'un fatto principale insussistente, furon dedotte conseguenze altrettanto erronee quanto infondate [12].

CAPITOLO LX.

Valore della prova indiziaria nel diritto comune germanico.

Quelli che disputano se il diritto romano concedesse di condannare all'appoggio d'indizj, partono dal dato che il diritto romano avesse una teoria di prove nel significato odierno, il che non è per nulla dimostrato. Che al tempo de' comizj e delle *quæstiones perpetuæ* i giudici condannassero anche sopra indizj, non può punto revocarsi in dubbio, pur che si pensi come ne' giudizj popolari questa doveva essere la specie più frequente di prova [1], e si consideri, nelle orazioni di Cicerone, quanto studio ponessero e accusatore e difensore nel convincere i giudici della verosimiglianza de' loro assunti, dedotta dal concorso delle circostanze; e si abbia a mente, infine, con Quintiliano, quanto valore s'attribuiva dai retori al giusto uso degli argomenti. È provato altresì da alcuni passi delle leggi, che si conosceva fin d'allora come i meri sospetti possano esser fallaci, ed anzi in quei passi medesimi se ne ammonivano i giudici [2]. Le costituzioni di alcuni imperatori sembran piuttosto conferme del diritto vigente, che disposizioni nuove sulla prova indiziaria [3]. I passi citati per dimostrare che i giudici avessero la facoltà di condannare per concorso d'indizj (nel senso d'una vera e complessa teoria) non

11 Dobbiam però ammettere, ad onore del vero, che colle norme probatorie di alcuni codici tedeschi (p. e., del Reg. austr.), è assai difficile che un innocente sia condannato.

12 Vedi una bella Mem. nel *Law Magazine*, fasc. 14, pag. 355-369.

1 Carmignani, *Teoria*, vol. II, pag. 177 (Lib. IV, c. 11).

2 P. e., leg. 5 Dig. *De pœnis* (XLIII, 19): « Nec de suspicionibus aliquem damnari D. Trajanus rescripsit ».

3 Vedi su di ciò Mathæi, *De crim.* Lib. XLVIII, 19, 6. — Cremani, *Elem. jur. crim.* III, pag. 161.

lo provano. E infatti molti citano un passo [4] in cui si vorrebbe che le parole *reus argumentis convictus* siano dalla legge equiparate alle altre *testibus superatus, voce etiam propria victus, scelusque confessus;* essendo manifesto, dicon essi, che quì gli indizj, la testimonianza e la confessione avevano ugual valore. Se non che in quel passo (che già si trovava nel Codice Teodosiano) [5], è difficile capire se quelle condizioni *confessus* e *convictus* fossero volute congiuntamente o disgiuntamente, sicchè fosse vietato d'appellare, tanto a chi era confesso quanto a chi era convinto, o piuttosto a chi era ad un tempo confesso e convinto, come pare [6]. Anche la leg. ult. Cod. *De probat.* tratta dal Cod. Teodos. [7] sembra a taluni assai importante; ma dee notarsi che Triboniano separò in due parti la legge originaria [8], e che questa non era punto una istruzione pei giudici [9] del come dovessero giudicare, ma un avvertimento agli accusatori troppo leggieri e facili in accusare, onde sapessero come formare le loro accuse [10]; e però quella legge non toglie ancora il dubbio se o no, secondo il nuovo diritto romano, si potesse condannare per indizj.

Si disputa anche sul senso della leg. 16 Cod. *De pœnis*. Secondo alcuni [11] questa legge dimostra che nessuno dev'essere condannato se non sia confesso od almeno convinto pienamente con testimonj; secondo altri le parole *capitalem sententiam* esprimono che non è lecito di condannar a morte sopra meri indizj [12]. Ma la maggior parte

4 Leg. 2 Cod. *Quor. appell. non recip.* (VII, 65). « Observare curabis ne quis.... argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, audiatur appellans ».

5 Leg. 7, Cod. Theod., lib. XI, tit. 36.

6 Così Gothofred *ad cod. Theod.* luogo citato.

7 *Cod. Theod.* IX, 37, e Gothofred *ad Cod. Theod.*, vol. III, pag. 372. — La leg. *ult. cod.* qui cit. è riferita a pag. 11, nota 13 del pres. vol.

8 Cioè nella legge penult. cod. *De calumn.*, e nella legge ult. cod. *De probat.* Vedi Schede nel Giorn. di Hitzig., fasc. XVI, pag. 338.

9 Anzi si noti che alla frase del Cod. Teod. *signis ad probationem luce clarioribus*, sostituì quella *indiciis ad probationem indubitatis.*

10 Vedi intorno a questi passi del Dir. Rom. Carmignani, *Teoria,* vol. IV, pag. 194 in nota (Lib. IV, c. 11).

11 P. e., Schede nel Giorn. d'Hitzig, fasc. XVI, pag. 340. La leg. 16, cod. *De pœnis* dice: « Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii, vel homicidii, vel maleficii crimine aut sua confessione, aut certe omnium, qui tormentis, vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirante concordanteque rei finem, convictus sit ».

12 Così Biener, *Gesch. des Inquisitionsproz.* (Stor. del proc. inquis.), pag. 155.

degli scrittori [13] ritiene che quella legge dimostra potersi condannar per indizj, ed anzi siccome tra i reati di cui ivi si parla vi ha l'*adulterio*, il quale ben difficilmente si crederà che possa essere provato in tutti i suoi particolari per mezzo di testimonj, così egli è tanto più probabile che quella legge alluda a'testimonj tutti, e però anche a quelli che potrebbero far fede degli indizj, ossia che ammette la prova indiziaria. Del resto poi, che i Romani riconoscessero come sufficiente questa prova, lo si deduce anche da altri passi [14], benchè contengano soltanto degli esempj di singoli reati [15].

Non è così chiaro, all'incontro, se anche il processo canonico ammettesse la prova per indizj [16], quistione però che non importa gran fatto quanto al nostro diritto comune. Ma non mancano prove per dimostrare che in alcuni reati [17] anche le leggi canoniche riconobbero sufficiente la prova artificiale [18].

I giureconsulti del Medio Evo, le opere dei quali avevano la massima influenza, par che non fossero d'accordo; ma l'opinione prevalente si era che gli indizj non facessero piena prova [19], e solo v'erano alcuni giureconsulti [20] i quali pensavano bastare per la condanna gli *indicia indubitata*, i quali poi, a ben considerare gli esempi che n'erano dati, risolvevansi in un complesso di molti altri indizj. Dopo introdotta la tortura nel processo penale, cessò in gran parte la pratica importanza della quistione, poichè

13 Jarke, Giorn. d'Hitzig. fasc. XIX, pag. 194.

14 Leg. 22 Cod. *ad leg. Corn. de falsis* (IX, 22), riferita più sopra a pag. 485. Leg. 34 Cod. *ad leg. Jul. de adult.* (IX, 9), dove è detto che il reato d'adulterio dev'essere provato *manifesta fide atque indiciis evidentibus.* — Leg. 1, § 3 dig. *ad leg. Corn. de sic.* (XLVIII, 8), dove è detto che si dee stabilire *ex re*, cioè dalle circostanze del fatto (o in altre parole cogli indizj) se chi ha ucciso un altro avesse o no intenzione di ammazzarlo.

15 Un passo, che si riferisca al processo civile, sebbene parla però in genere del valore degli indizj, è la leg. 19 Cod. *de rei vind.* (III, 22): « Indicia certa quæ jure non respuuntur, non minorem probationis quam instrumenta continent fidem: quo jure, si de proprietate domus ambigis, negotiumque integrum est, uti non prohiberis ».

16 C. 2, 13, 14, X. *De præsumpt.*

17 P. e., nell'adulterio.

18 Vedi anche Gonzalles de Telles, *Ad decret.* ad lib. II, tit. 23, cap. 13.

19 Gandinus *De malefic.* nel tit. *de præsumpt.*

20 Angelus Arretinus, *De malef.*, § *quod fama pub.*, n.° 13-29. — Duranti, *specul. jur.*, lib. II, tit. *De probat.*, n.° 19. In Clarus quæst. 20, n.° 1-8 trovansi raccolte le idee dei vecchi giureconsulti.

quando taluno aveva contro di sè più indizj, lo si sottoponeva alla tortura per ottenere la confessione. Quest'era la teoria dominante anche al tempo della Cost. Carolina [21]. E da tali principj, e dagli sforzi di Schwarzenberg che conosceva bene le difficoltà di giudicare fondatamente coi soli indizj, nacque l'art. 22 della Carolina che dice insufficienti per una condanna gli indizj per quanto numerosi, e sufficienti invece soltanto per autorizzare l'applicazione della tortura. E da prima codesta disposizione sembra essere stata osservata rigorosamente [22], ma nel secolo XVII, volendosi ovviare alla facile impunità che n'era conseguitata, sorse l'idea che almeno avrebbe potuto proferirsi una pena straordinaria [23]. E a poco a poco andò prevalendo una interpretazione più larga e indipendente per iscuotere i ceppi che quell'art. 22 imponeva ai giudici. Si cercò di dimostrare che la Cost. Carolina non aveva fatto che rinnovare la leg. 5 Dig. *De pœnis*, proibendo soltanto di condannare per meri sospetti, ma che del resto anche la Carolina permetteva di condannare sotto quelle condizioni sotto le quali lo permetteva il diritto romano [24]. Altri si fermavano alle parole *pene criminali*, usate in quell'art. 22 (*), e dicevano che per le altre pene erano ammessi anche gli indizj [25]; ed altri finalmente [26] ammettevano bensì che la legge avesse proibito di condannare per indizj, ma sostenevano in pari tempo che alludesse ai giudici incolti di que' tempi e che a loro soltanto avesse voluto rifiutare questo arduo officio di sentenziar per indizj, sicchè tolta la ragion della legge (attesa la istruzione

21 Malblank *Geschichte der C. C. C.* (Stor. della Cost. crim. Carol.), pag. 194. — Biener, *Beiträge* (Studj, pag. 155. — Jarke nel nuovo Arch. del Dir. crim., vol. VIII, pag. 123).

22 Fuori di Germania, nella quale era in attività la C. C. C., trovavasi ancora nel secolo XVIII vigente il principio che non si potesse mai condannare per indizj. Così, p. e., a Liegi. Sohet, *Institutes du droit de Liège*, vol. V, pag. 95.

23 Questa fu l'idea dei tempi di Carpzovio. *Pra. crim.*, quæst. 60, n.° 56, 60.

24 Eisenhart, nel vecchio Arch. del Dir. crim, vol. III, fasc. I, p. 90. — Grolmann, *Grunds.* (Principj), § 451.

(*) L'art. 22 della Cost. Carolina era il seguente: *Item, si dee aver presente che non si può condannare a pena criminale se contro l'accusato vi hanno solamente indizj, sospetti e presunzioni, qual che ne sia il numero e la natura.*

25 Kleinschrod, op. cit., sez. 1 e 5, § 5-7. — Quistorp, *Grunds.* (Principj), § 711.

26 Stübel, *Vom Thatbest.* (Dell'essenza di fatto), § 174 e *Dir. crim.*, § 1023.

ed esperienza de' nostri giudici tanto superiore a quella degli scabini d'allora), doveva cessare anche il divieto, e valere la disposizione generale del diritto romano. Un diverso tentativo di sottrarsi alla proibizione dell'art. 22 fu questo [27], che siccome la Carolina, nei casi di prova indiziaria, autorizzava la tortura, abolita questa doveva essere diventato lecito di giudicare ed anche di condannare per indizj, restando tacitamente derogato anche a quell'art. 22. E per ultimo si disse [28], che siccome la tortura che si applicava in caso d'indizj era un male, voluto dalla legge, così essendo tolta la tortura bisognava sostituirvi un altro male e se non l'ordinaria pena, almeno una straordinaria [29].

Or chi non vede che la cagione da cui furono promossi tutti questi tentativi si era il sentimento che quella legge ponesse in pericolo la sicurezza sociale, dacchè mancando soventi volte e testimonianze e confessioni, nè potendosi condannare in base agli indizj, si doveva per necessità od ammettere il giuramento purgatorio o proferire una *absolutio ab instantia?* Se non che, è il solo legislatore che ha il diritto di abolire le leggi; nè possono i giudici sottrarsi al dovere di applicare una legge chiara. In vano si proclama che tutto il diritto criminale tedesco ha fatto progressi e mitigate le pene; poichè questi progressi avvennero anche dove vigeva la Carolina, e quì si tratta di un espresso divieto (*).

† La presunzione del dolo non è più al giorno d'oggi un principio di legge come per lo passato; anzi in Baviera dove il Codice la aveva sancita (art. 41-44) una legge del 1848 la abolì. Si ammette generalmente così dai teorici come dai legislatori che la legge non dee sanzionare veruna presunzione nè favorevole nè contraria al dolo, perchè dee decidersi di volta in volta se esista o no, a seconda delle circostanze del caso concreto. Or non v'ha dub-

27 Biener, Studj, pag. 156. — Pfeiffer, *Prakt. Ausgl.* (Studj pratici), vol. II, pag. 450.

28 Hurlebusch, *Beitr. zur. civil und Criminalgesetzgeb.* (Studj di legislazione civile e criminale), vol. I, fasc. 1, n.° 1.

29 Tittmann però opinava per la pena ordinaria. P.e III, p. 550, 551.

(*) Il resto del capitolo che contiene una confutazione delle opinioni sopra esposte, ci pare che possa omettersi senza danno, dacchè attualmente per effetto dei nuovi codici penali la discussione sull'efficacia della Cost. Carolina perde affatto la sua importanza. Leggasi invece il capoverso che segue, che è inedito — A.

bio che questa prova può anche essere indiziaria, come espressamente dispone il Regol. austr. al § 268 (riferito a pag. 82 nota ** del pres. vol.), ed è poi di somma importanza, secondo che si tratti di dimostrare semplicemente che l'imputato agì con dolo, ovvero con premeditazione (*), o nell'impeto d'una passione, oppure di stabilire a quanto il dolo si estendesse, p. e., se ad uccidere od a ferire, a consumare lo stupro o soltanto a recare un oltraggio al pudore. Se poi la legge stabilisce una specie di presunzione come fa il Cod. pen. austr. nel suo § 1 [30], l'uso delle argomentazioni indiziarie diviene di molta difficoltà e delicatezza, potendo l'animo del giudice esser tratto in errore sulle intenzioni dell'imputato da qualche circostanza di ingannevoli apparenze †.

CAPITOLO LXI.

Disposizioni sulla prova indiziaria nelle nuove leggi.

(Il testo dell'opera comprende in questo capitolo una esposizione delle varie leggi che erano state publicate fino al 1833 in Germania, e ne fa una analisi confrontandole coi principj generali sviluppati nei capitoli precedenti. Ma l'Autore ci ha autorizzati ad omettere questa parte, perchè dopo la publicazione dei nuovi codici, avvenuta dal 1848 in poi, sarebbe riuscita di poca utilità, tanto più che lo stato attuale della legislazione venne esposto nelle aggiunte inedite, e nel capitolo inedito LIV *bis*. Ci limitiamo pertanto a dare di questo capitolo LXI soltanto l'ultima parte, siccome quella che censura una disposizione ammessa ancora nel nuovo Reg. austr.).

(*) V'hanno dei codici penali che distinguono se il delitto fu *deliberato o premeditato*, su di che vedi Nicolini, *Quist. di dritto*, edizione livornese, pag. 572.

30 « Vi è pravità imputabile d'intenzione, non solo allorchè, o prima o nell'atto stesso d'intraprendere o di omettere il fatto, fu direttamente deliberato e determinato il male che va congiunto al crimine, ma anche allorquando con altro reo disegno fu intrapresa od omessa un'azione, dall'intraprendimento o dall'omissione della quale ordinariamente deriva od almeno può facilmente derivare il male che è accaduto. — Sul significato di questa disposizione si disputa molto in Austria. Vedi Hye, *Comm. del Cod. pen. austr.*, ediz. ital., pag. 217, dove al § 413 del vecchio codice si dee sostituire il § 268 del nuovo Regolam. — Glaser, *Abhandl. aus dem Strafr.* (Diss. di dir. pen.), pag. 247. — Herbst, *Man.*, pag. 48. Indi i giornali giudiziarj e massime l'*Eco dei Trib.*, e nuovamente Hye nei *Princ. fondam. del Reg. di proc. pen.*, ediz. ital., pag. 492, nota 2.

Noi non possiamo approvare quelle leggi che nei casi di prova indiziaria vietano di condannare a certe pene, p. e., alla pena di morte [1]. Per quanto sia lodevole l'intendimento di siffatta disposizione, d'impedire, cioè, l'applicazione d'una pena irreparabile, non cessa però di essere inconseguente; imperocchè una volta ritenuta come pien provante la prova indiziaria, le si dee dare altresì la forza di legittimare la pena ordinaria. Oltre di che non son esse irreparabili tutte le specie di pena? Come togliere o risarcire una ingiusta prigionia sofferta, od altro castigo corporale? Ma il maggior inconveniente di questa prescrizione sta in ciò che fuorvia le idee del popolo, e lo conduce a credere che il legislatore istesso riconosca esser fallace la prova per concorso d'indizj, epperò non così certo il convincimento della reità, come nei casi di prova per confessione o testimoniale. Ora il suscitar tali dubbj non può giovare a mantener quella fede che il popolo deve avere nella giustizia delle sentenze penali [2].

1 Codice pen. austr. del 1803, § 430 (Vi corrisponde il § 284 dell'attuale Reg. che permette la applicazione della pena di morte soltanto quando vi sia prova per confessione o per testimonj; in caso diverso la pena è del carcere duro da 10 a 20 anni ed anche in vita secondo le circostanze: « La negativa della pravità d'intenzione non impedisce l'applicazione della pena di morte quando l'imputato ne è tenuto convinto, giusta il § 268 ». Il che per verità è una incoerenza poco giustificabile. Il principio doveva essere o accolto in tutto, o in tutto escluso — A).

2 Feuerbach, *Darst. merkw. Rechtsf.* (cause celebri), vol. II, p. 191. — Strombech, *Progetto*, pag. 254. (Anche Meyer, *Inst. giudiz.*, lib. VI, cap. XI, dice che la disposizione del § 430 del Cod. pen. austr. 1803 (e perciò del § 268 del Reg. attuale), è un resto di attaccamento alle idee antiche sulle pene straordinarie di cui si parlerà nel cap. LXIX della presente opera. Son però meritevoli di attenta considerazione anche le opposte ragioni per le quali il nuovo Reg. austr. si attenne alla regola antica, e trovansi lucidamente sviluppate da Ilve nei *Princ. fondam. del Reg.* ediz. ital., pag. 554 e segg. — A).

PARTE OTTAVA.

DEL CONCORSO DI PIÙ SPECIE DI PROVA, OSSIA DELLA PROVA COMPOSTA.

CAPITOLO LXII.

Concetto della prova composta.

Abbiam già detto più volte che anche nelle prove naturali il giudice è sempre indotto a dirsi certo in forza di una serie di argomentazioni e di un confronto tra le prove ed i fatti anche i più secondarj; laonde può affermarsi che a rigore la prova è sempre composta di più elementi; e persino quando avvi la confessione, la condanna procede dal vedersi che chi confessa dev'essere creduto, e che le cose confessate s'accordano con tutte gli altri dati del processo.

Ma v'hanno dei casi in cui o la confessione non è munita di tutte le formalità di legge, o la testimonianza non è completa, e tuttavia son tali argomenti di prova che se non formano una piena dimostrazione, offrono però una grande verosimiglianza, come se, p. e., la confessione è stragiudiziale, o la deposizione di un testimonio solo è del resto irrefragabile. Se questa specie di prova si dicesse indiziaria essa pure [1], sarebbe inutile parlare di prova composta, chè varrebbero le stesse norme pei varj casi [2]. Ma considerati gli indizj nel loro più rigoroso significato esposto sin qui, riesce assai importante il quesito se anche

1 Così anche il Cod. austr. del 1803 e la Pat. imp. 6 luglio 1833 § 4. Il nuovo Reg. dice al § 140: « Si riguarderanno come *indizj legali prossimi* », ecc. ma la rubrica marginale dice: « *prove incomplete che valgono come indizj.*

2 E allora non è acconcia l'espressione *Prova per concorso di circostanze.*

col concorso di parecchi di codesti altri elementi di prova, ciascuno de' quali manca di qualcuna delle formalità di legge, si possa raggiungere la certezza giuridica, e quindi formare una prova giuridicamente completa. E allora la prova composta sarebbe da definirsi: *quella che si forma per il concorso di parecchie prove, nessuna delle quali potrebbe da sè costituire certezza legale* [3]. Or ciò può accadere in due modi: 1.° se concorrono insieme parecchie prove naturali o dirette, a cui però, nel caso concreto, manca un qualche requisito [4]; 2.° se concorrono insieme prove naturali di tal specie con veri indizj.

Non si dee però credere che questa prova sia una somma di parecchie frazioni formanti una unità, come se, p. e., si calcolasse la deposizione di un testimonio unico per mezza prova. Sarebbe indegno di una buona legislazione il permettere che si condannasse sopra siffatte prove, poichè la sentenza penale non è già un calcolo aritmetico, nè il convincimento del giudice si deduce dalla somma dei singoli elementi di prova. Anzi v'hanno talora circostanze di pochissimo conto, le quali persuadono il giudice circa il valore delle prove addotte; oltre di che il convincimento scaturisce poi sempre dall'accordo e dalla reciproca influenza ch'esse hanno, poichè da ciò appunto resta guarentito il valore della prova.

La vera importanza della prova composta apparisce allorchè si considera che la certezza è quello stato di convincimento in cui, per un complesso di argomenti che escludono ogni argomento contrario, si tiene per vera una data cosa. Quando adunque dalla prova composta scaturisce codesto complesso di argomenti che accennano alla verità dei fatti, in guisa da escludere ogni argomento escogitabile del contrario, si ha anche allora, senza dubbio, lo stato di certezza. Qualunque mezzo di prova merita fede in forza di una catena di presunzioni e di un concorso di molti requisiti. Così crediamo a chi confessa quando tutte le circostanze confessate concordino colle altre verificazioni del processo, e si presentino perciò verosimili, e quando la confessione sia stata fatta in modo da offrire

3 Kleinschrod, nuovo arch. del Dir. crim. Vol. IV, n.° 24. Cod. bav., art. 333-335.

4 P. e., taluno ha confessato stragiudizialmente il fatto, e un testimonio irrefragabile depone infatti d'averlo veduto.

una guarentigia di serietà e veracità che escluda ogni ragionevole dubbio; e similmente l'accordo del secondo col primo testimonio è quello che ci persuade della loro veracità. Allorchè pertanto ad un mezzo di prova manca taluno di quei requisiti che gli danno forza provante, si dee soltanto cercare se quel requisito che manca possa essere compensato in qualche altra maniera, allo scopo di allontanare i dubbj che vi stanno contro. L'operazione della mente adunque è questa: completare e porre in armonia i mezzi di prova, e dissipare i dubbj che vi sono. Se ad una prova mancano requisiti essenziali, e senza de' quali non merita fede (p. e., se la confessione fu estorta colla violenza) allora è chiaro che non si può parlare di prova composta, poichè non v'ha nulla da completare, e nessuna verosimiglianza esiste dal momento che quell'atto giuridico su cui si vorrebbe erigere la prova, è un atto nullo; — ma se i requisiti che mancano son di quelli, la cui efficacia dipende soltanto dalla legge (p. e., se vi è un testimonio solo, se la confessione giudiziale fu ricevuta da un attuario non giurato, che nel frattempo è morto), allora egli è evidente che il convincimento del giudice si può condurre fino alla certezza anche con altri argomenti di verosimiglianza. Anzi siccome da diverse vie, l'una indipendente dall'altra, si sarebbe giunti al medesimo punto, se ne trae un nuovo argomento di credibilità, poichè altrimenti non si saprebbe spiegare quell'armonia tra le diverse prove.

I requisiti della prova composta sono: 1.° Il fatto in genere dev' essere pienamente dimostrato con prove diverse da quelle che concernono l'autore, poichè se non fosse provato mancherebbe una solida base per ulteriori deduzioni; 2.° la prova incompleta deve avere già di per sè un alto grado di verosimiglianza, e massime la confessione stragiudiziale [5], la quale non può essere presa in considerazione se non quando *a*) sia ella stessa pienamente provata; e *b*) apparisca fatta con serietà e libertà; 3.° le fonti da cui derivano più prove incomplete non devon essere le identiche, [6] perchè altrimenti verrebbe meno la ragione

5 Cod. bav., art. 333, e Kleinschrod, l. c., pag. 560. Il Reg. austr., § 140 n.° 1, riferito a pag. 312, nota *.

6 Quando, p. e., il medesimo testimonio che vide commettere il reato dicesse anche avere l'autore confessato stragiudizialmente a lui la sua reità.

fondamentale che convince il giudice, cioè la uniformità dei risultamenti ottenuti per vie diverse.

Aggiunta inedita.

Nelle opere degli scrittori tedeschi si dà un doppio significato alla prova composta. In senso stretto la prova composta è quella che vien costituita dal concorso di più prove incomplete di diversa specie e indipendenti l'una dall'altra, le quali accennano all'esistenza o non esistenza d'un fatto; tali sono, p. e., la confessione stragiudiziale e la deposizione di un testimonio unico. In senso ampio la prova composta comprende non solamente più prove dirette incomplete, ma anche più indizj propriamente detti. Così la si intende nel Reg. austr. al § 278 (*). Ma non è questa l'opinione generale in Germania, benchè la propugni come la migliore, il cons. cav. Hye ne' suoi Principj fondamentali a pag. 302 (pag. 506 della traduzione ital.), a cui giustamente oppone forti dubbj il prof. Rulf nel suo Comm. al Reg. di proc. pen., vol. II, pag. 120.

Ma quel che più importa si è di ben conoscere il valore che ha la prova composta. Se non la si volesse ammettere, gli è ben naturale che benespesso non si potrebbero condannare veri colpevoli. Così sarebbe, p. e., nel caso che vi fossero bensì parecchi indizj gravi, ma non si concatenassero tra di loro nelle circostanze stesse e rendessero per tal modo oscillante il giudice coscienzioso nel proferire una condanna, secondo le norme della prova indiziaria. E infatti se egli potesse accogliere anche i risultamenti di quelle prove incomplete, uscirebbe di ogni dubbio, come, se a cagion d'esempio, (oltre quegli indizj) vi fosse un testimonio isolato che attestasse la reità.

Nel far uso della prova composta si richiede una grande circospezione. L'esperienza dei paesi in cui si giudica secondo una teoria legale, c'insegna che i giudici cercano di procurarsi la prova della reità con una massa di elementi eterogenei, nessuno dei quali basterebbe di per sè a convincere della verità dei fatti, e che essi poi sono assai cor-

(*) § 278 Reg. Austr. colla intestazione *Prova composta* è del seguente tenore. « Ogni circostanza di fatto può aversi per legalmente provata anche quando vi coincidano tra loro concordi due delle specie incomplete di prova, annoverate al § 140.

rivi nell'accogliere anche le prove incomplete, immaginandosi di poter compensare il difetto di forza provante d'ognuna con un maggior numero di altri pretesi elementi probatorj. Così, a cagion d'esempio, sommano insieme una confessione stragiudiziale, che forse fu fatta per mero vanto, od una confessione bensì giudiziale ma carpita con ingannevoli illusioni dal giudice inquirente, e ritrattata poi nel dibattimento finale, e però non meritevole di fede, colla deposizione di un testimonio sospetto e con un pajo di così detti indizj, quali sarebbero la spinta al reato, la cattiva condotta, una precedente minaccia e simili, senza curarsi poi molto della prova d'ognuno di essi. Dev' essere adunque cura speciale dei giudici, quando si tratta di prova composta, di esaminare attentamente se ognuna delle prove incomplete abbia le condizioni essenziali per le quali farebbe piena prova, se non vi fosse difetto di numero o di formalità.

CAPITOLO LXIII.

Valore della prova composta nelle diverse legislazioni.

Il valore della prova composta sta in rapporto con quello che la legge attribuisce alla prova indiziaria, perchè infatti gl' indizj ne formano la parte precipua. I partigiani della prova naturale, che sostengono costituirsi la certezza soltanto colla confessione e coi testimonj, considerano come meri indizj anche le prove incomplete e persino la deposizione di un testimonio unico, e vi obbiettano per conseguenza tutte quelle ragioni che obbiettano contro la prova indiziaria. [1] Nel diritto comune germanico, vigente l'art. 22 della C. C. C. (*), quest'opinione ha una doppia importanza, dappoichè siccome quella legge denomina indizj anche la confessione stragiudiziale e la deposizione di un testimonio solo, così il divieto espresso in quell'articolo 22 di far uso di prova per indizj, comprende nella sua generalità anche le prove incomplete [2], sia che formino esse sole la prova, sia che concorrano con indizj a completarla. Ma co-

1 Stübel, Dir. crim., § 1071. — Henke, *Darstell.* (Spiegaz.), § 131.
(*) Attualmente però di nessuna efficacia.
2 Martin, *Lehrb.*, (Tratt.) § 95, nota 7.

desta opinione non può giustificarsi [3]. Il motivo principale pel quale l'art. 22 della C. C. C. non permetteva di condannare in forza d' indizj, consiste nella supposta fallacia di questa prova, la quale si forma soltanto con delle argomentazioni, essendovi ragione di temere che un giudice poco ponderato o poco esperto deduca dai fatti più di quanto sarebbe giusto di dedurne, o faccia deduzioni non rigorose, o creda connessi tra di loro certi fatti, solo perchè coesistono insieme (forse per caso), o scambj finalmente gli indizj veri colle mere presunzioni e colle congetture. Ma quando la prova non si forma soltanto per via di argomentazioni, sibbene anche col concorso di altri mezzi di prova a cui si attribuirebbe piena fede, pur che avessero qualche altro requisito, allora quella ragione non regge più. Non è egli vero che se alla deposizione di un testimonio se n'aggiungesse una seconda, la prova sarebbe completa? Or perchè una seconda prova di diversa natura e ben distinta dalla prima, non dovrà produrre il medesimo effetto? Il divieto dell' art. 22 della Cost. Carolina non può punto applicarsi a questa specie di prova, perchè non si tratta più di mere induzioni, ma anche di altri elementi di prova. Che se quell'art. 22 lo si volesse interpretare in modo che per esso non fosse lecito condannare, nè quando vi sono soltanto indizj, nè quando, insieme colle prove, concorrono altre induzioni, allora la prova non si potrebbe avere che nel minor numero dei casi, perchè è ben certo che anche quando la condanna si fonda sulla confessione dell'accusato o sulla deposizione di due testimonj, interviene anche allora una argomentazione per convincere il giudice della verosimiglianza di quella confessione, e dell' accordo di quei testimonj. Nè la cosa muta d' aspetto perciò solo che la C. C. C. denomina *indizj* anche la deposizione di un testimonio solo e la confessione stragiudiziale, poichè questa denominazione, come già avvertimmo, tendeva soltanto a far conoscere che anche da codeste due fonti si poteva dedurre quel grado di verosimiglianza, che bisognava avere contro l'accusato, per poterlo sottoporre alla tortura. La differenza poi che passa tra gli indizj proprj e questi, che vorremmo dire indizj improprj, o prove incomplete, apparisce da sè, e l'art. 22 non può adunque venir esteso oltre la lettera e lo spirito.

3 Stubel, loc. cit. Tittmann, *Man.*, P.e III, pag. 506. Duttlinger, nell'Arch. di legisl. di Baden, vol. I, pag. 116. *Proc. pen. ted.*, § 179.

In quei paesi in cui la legge ammette come pien provanti anche gli indizj, non si potè negar forza di prova anche a queste prove incomplete; ma poi, per quella medesima peritanza che già vedemmo dominar nella prova indiziaria, vi troviamo annesse talune restrizioni dentro le quali il giudice è obbligato a tenersi [4]; nel che certe leggi si mostrano del tutto inconseguenti col limitare cotali restrizioni al solo caso in cui concorrano insieme una prova incompleta e più indizj, e non estendendole a quello in cui la prova si compone di due prove incomplete, cioè della confessione stragiudiziale e della deposizione di un testimonio unico, avvegnachè tanto nell'uno quanto nell'altro caso il convincimento del giudice si fonda su delle argomentazioni.

Aggiunta inedita.

Nelle più recenti legislazioni la teorica della prova composta si è alcun poco modificata. In quelle che hanno abolita la teoria legale delle prove, e vi sostituirono il sistema dell'intimo convincimento, va da sè che anche le prove incomplete non hanno più un valore lor proprio; il che non toglie però che le regole da noi spiegate sin qui, siano utili per il giudice, poichè noi presupponiamo che egli valuti le prove, non già secondo un cieco istinto, ma secondo una operazione mentale condotta dietro le regole più sicure suggerite dalla ragione e confermate dall'esperienza. Fra le legislazioni più recenti il Regolam. austr. è quello che diede espressamente una efficacia legale alla prova composta nei §§ 140, 278 e 281, e anche per essa non può condannarsi il reo alla pena di morte giusta il § 284. Circa l'applicazione di questa prova fu scritto molto in Austria, come può vedersi, oltre che nell'opera di Hye, anche in un articolo di Mages (*Gerichts-Zeit.* 1854, n.° 147-149 (*) e in Rulf, *Comm.° al Reg. austr.*, vol. II, pag. 120; e si è disputato, p. e., sulle condizioni che deve avere la confessione stragiudiziale, perchè valga come prova incompleta; su di che Mages vorrebbe che il fatto in ge-

4 P. e., che non possa condannar a morte. Così il Cod. bav., art. 334, e il prog. annoverese, § 249, e il Reg. Austr. § 284.

(*) Questo articolo del signor Mages si legge anche nell'*Eco dei Trib.* n.° 460-1. In parecchie delle opinioni quivi manifestate noi non sapremmo convenire, come non conviene nemmeno la pratica generale — A.

nere del reato fosse già provato con altre prove, mentre Ruff non lo crede necessario (*).

(*) Ecco in compendio le disposizioni del Reg. austr. sulla prova composta. Anzi tutto nel Reg. austr., la prova composta è di quattro specie: *a*) concorso di più prove incomplete, *b*) concorso di indizj, *c*) concorso di prove incomplete con indizj, *d*) concorso di prove incomplete o di indizj colla capacità a delinquere o colla smentita. — Gli indizj, come fu già detto, sono esposti dalla legge in via d'esempio, ossia si ammettono anche gli equipollenti, a criterio del giudice, tranne il caso che la prova sia composta nel modo ora indicato sotto *d*) cioè in concorso colla capacità e colla smentita, poichè allora gli equipollenti non sono ammessi. (§ 281). Le prove incomplete poi sono esposte dalla legge in via tassativa, e son queste: (§ 140) 1.° la confessione non munita di tutti gli estremi di legge, ma meritevole di credenza, o il vanto datosi innanzi ad altre persone d'aver commesso il reato. Come vedesi, il vanto non deve contenere un esplicito racconto, chè allora sarebbe una confessione. La confessione stragiudiziale è quella che più di solito si presenta, ma potrebbe anche essere giudiziale e mancare di altri requisiti, p. e., non contenere un circostanziato racconto. Noi poi crediamo che la confessione stragiudiziale, deva essere provata da non meno di due testimonj. — 2.° La deposizione anche di *un solo* testimone, fornita di tutti i requisiti indicati al § 269, quando si riferisca immediatamente alla esecuzione del reato da parte di una determinata persona. Dunque non dee riferirsi a circostanze diverse, le quali si connettono al reato solo in forza di una argomentazione, poichè allora si richiedono due testimonj almeno. (*Eco dei Trib.* n.° 781 e 826). Il danneggiato è solitamente il testimonio unico del reato, nei casi di rapina, di minaccia e simili; e non vi sarebbe motivo di negargli la fede di prova incompleta. — 3.° La deposizione di due testimonj, che, quantunque non giurate, abbiano tutti gli altri estremi richiesti dal § 269. La legge non dice perchè non siano giurate, dunque anche nel caso che i testimonj siano impuberi, o sospetti. A pagina 441, nota 6, proponemmo il quesito se quattro testimonj non giurati costituiscano due prove incomplete, e se perciò a termini dei §§ 278 e 281 facciano una prova completa. La quistione è di somma importanza, e da un lato sta il pericolo di condannare un innocente sulla deposizione di quattro impuberi o di quattro condannati per falsa testimonianza; dall'altro fa senso che un reato transeunte, commesso, p. e., in una scuola di cinquanta ragazzi o nelle carceri, debba restare impunito. Il Trib. di Venezia (*Eco dei Trib.*, n.° 526, pag. 140) decise appunto che cinque testimonj non giurati non formano piena prova, e noi conveniamo nella stessa opinione, e non solamente per il motivo quivi addotto che non si può parlar di prova testimoniale *piena* se non quando vi sono *tutte* le condizioni del § 269 e coll' unica eccezione, relativa *al numero* dei testimonj, che cioè uno solo basta nei casi previsti dal § 270, ma anche per il motivo letteralmente espresso nel § 280 che « ogni indizio legale dee contenere una particolare circostanza di fatto », e che « concorrendo più di una delle circostanze riportate nei §§ 138-140, sotto il medesimo numero (dunque anche più di due testimonianze sospette), si calcoleranno desse tuttavia come un solo indizio legale ». E infatti i §§ 278 e 281 dicono che possono bastare per far prova *due delle specie* incomplete di prova annoverate nel § 140, quando coincidano tra di loro concordi; ora quattro testimonianze sospette non sono *due specie* diverse di prova, ma una specie sola. Questo diciamo *de lege lata; de lege ferenda*, richiamino i lettori le cose dette a pag. 440 e 441. — 4.° La dichiarazione fatta presso a morte dal danneggiato, che prima di morire non ha più potuto essere esaminato o fatto giurare giudizialmente, qua-

PARTE NONA.

DELLA PROVA NON PIENA (*).

CAPITOLO LXIV.

Effetti della prova non piena.

Presa la parola *prova* come sinonimo di *certezza*, non avrebbe nessun significato la frase « prova o certezza *non*

lora egli indichi con precisione come autore del reato una persona da lui distintamente riconosciuta. S'intende da sè che è necessario ch'egli conoscesse d'esser prossimo a morte; e anche qui, conforme a ciò che si disse or ora, è indubitato che quand'anche i danneggiati fossero due o più di due, non potrebbero mai costituir più che una prova incompleta se morirono prima d'essere esaminati giudizialmente; e questo caso ci fa sembrare la legge forse troppo indulgente per il reo, poichè se, p. e., tre aggressi, feriti a morte e trasportati all'ospitale, dicessero, l'uno separatamente dall'altro, alla presenza di più testimonj, di aver riconosciuto l'autore della rapina per il tale, nessun Giurì esiterebbe a dar fede di piena prova a sì imponente accordo di quelle tre deposizioni, benchè stragiudiziali. — 5.° la deposizione di un correo confesso munita di tutti gli estremi richiesti dal § 271 (cioè confrontato coll'imputato). 6.° La deposizione egualmente qualificata di più correi confessi, ma che non furono posti a confronto coll'imputato. Intorno alle quali testimonianze dei correi, veggansi le cose dette a pag. 404-408. Come già dicemmo, *due* specie incomplete di prova, provano pienamente una qualunque *circostanza di fatto*, e sotto queste parole si comprendono tanto gli elementi del fatto in genere quanto la reità, e la pravità d'intenzione; e quando poi il fatto e la reità si confondono in una prova sola, come avviene in molte truffe, non può pretendersi nemmeno che il fatto consti da prove separate, come già abbiam detto a pag. 508 nota 3. Ed è poi manifesto, pel tenore della legge, che sebbene essa parli delle prove incomplete come di indizj, pure vi attribuisce un maggior valore, giacchè mentre nella prova indiziaria si richiedono tre indizj, di prove incomplete ne bastan due, e così pure nel § 281 è detto che bastano due indizj se siano accompagnati dalla capacità o dalla spinta a delinquere, oppure da una smentita giustificazione, mentre invece in questo caso basta una sola prova incompleta.

(*) Il testo dice *Von dem unvollständigen Beweise*, cioè *Della prova incompleta*. Ma siccome la dizione *prova incompleta* l'abbiam già ado-

Digitized by Google

piena »; ma, come abbiam già notato altrove [1], queste parole si devono riferire soltanto alla constatazione delle prove, cioè al caso in cui la prova sia riuscita appena in parte, e non sia stato possibile di raccogliere tali elementi di certezza che bastino a provare pienamente, ma solo a rendere verosimile l'incolpazione [2]. Or se si pensa essere condizione fondamentale, per l'applicazione d'una pena, che i fatti incolpativi siano certi; e doversi perciò considerare come innocente ogni accusato, fino a che non venga prodotta contro di lui una piena prova della reità [3], cesserà ogni dubbio sul valore, anzi sulla importanza della prova non piena, poichè per essa l'accusato dev'essere assolto, come avviene in Inghilterra ed in Francia [4].

Se non che nel sistema inquisitorio tedesco da più fonti si trasse argomento per annettere alla prova non piena conseguenze speciali; e furon queste: 1.° Che quando avvi una urgente verosimiglianza contro l'imputato, la formola della sentenza abbia da esprimere questo stato di dubbio che sussiste tuttora, separando così chi ha dimostrato pienamente la sua innocenza, e viene perciò definitivamente assolto, da chi ha contro di sè, se non una prova piena, almeno un sospetto assai grave, e facendo dipendere (per viste di publico interesse) da siffatta differente condizione, certi effetti determinati [5]. — 2.° Che si impieghi ogni mezzo per togliere questo stato di dubbio, e si dia all'imputato l'opportunità di sua giustificazione [6]; e che per il pericolo che un imputato assai sospetto rientri impunito nella società, si applichino pene straordinarie e misure di sicurezza.

perata, seguendo il linguaggio della legge austriaca, per designare, non già il risultamento generale delle prove raccolte in processo contro l'imputato, sibbene la natura imperfetta di una data specie di prova (Capitolo preced.), così nel capitolo attuale abbiam scelta, come più acconcia a esprimere quel primo concetto, la dizione *prova non piena* — A.

1 A pag. 173.

2 Vedi indietro pag. 74.

3 *Accusatore non probante accusatus absolvitur.*

4 A nessuno cadrebbe in mente in Francia e in Inghilterra, di far una differenza tra chi è del tutto innocente e chi si dubita se lo sia. Quando il giurì proferisce il verodetto *non colpevole,* l'accusato vien posto in libertà.

5 Come avviene nell'*absolutio ab instantia*, di che tratteremo nel capitolo seguente.

6 P. e., il giuramento purgatorio, di cui parleremo nel capit. LXVII.

CAPITOLO LXV.

Della sentenza dubitativa (Absolutio ab instantia) (*).

Essendochè nel sistema accusatorio (puro) il giudice non ha da decidere che della verità dell'accusa tra l'accusatore e l'accusato, egli è fuor di dubbio che se quegli non ha addotta una prova piena, questi dev'essere assolto. Ciò nondimeno noi troviamo che i Romani esprimevano lo stato di dubbio del giudice colla formola *non liquet* [1], e sebbene non sia ben chiaro quali effetti producesse codesta formola [2], pur sembra certo che con essa si voleva esprimere [3], che il processo continuava e che era sospesa la sentenza [4].

Ne' giudizj ecclesiastici del Medio Evo, erasi riconosciuta la necessità di pronunziare una formale assoluzione quando a fronte di ogni procedura la prova non era pienamente raggiunta [5]; e siccome poi non sarebbe facile riassumere il processo contro uno pienamente assolto, e al contrario quand'uno è gravemente indiziato si può sempre sperare che in seguito si ottengano nuove prove, le

(*) Su questo argomento noi abbiamo inserita una dissertazione nel *Giorn. per le scienze polit. leg.* di Milano, fin dall'aprile 1852 (vol. III, pag. 257), e poichè il chiar. Mittermaier ne proferì un giudizio per noi sommamente incoraggiante, ci farem lecito di toglierne qualche considerazione che, a modo di nota, verremo ponendo in calce al testo del nostro Autore, per complemento di discussione — A.

1 Ne tratta assai bene Ayrault, *Ordre, formalité*, ecc. pag. 552-562. (I giudici avevano tre tavolette; sull'una era scritta la lettera A, *absolvo* (*litera salutaris*), sull'altra la lettera C, *condemno*, (*litera tristis*), e sulla terza le lettere N. L. *non liquet*. La sentenza si formava per maggioranza assoluta di voti; nel primo caso colla formola *non videtur fecisse*, nel secondo *videtur fecisse*, nel terzo *amplius cognoscendum*, e dicevasi *ampliatio causæ*. Si fissava allora nuova udienza, *idque eo usque fiebat donec causa ad liquidum perducta esset*. Hein. *Antiq. rom.* IV, 18, § 22 e seg. — A).

2 Sulla *ampliatio*, vedi Erhard, *De ampliat. judicior. publicor. apud Rom.* Lips. 1793. — Kamerer, *Das Rechtsmittel der Revision in Criminalproz.* Rostck 1833, pag. 173. Carmignani, *Teoria*, vol. IV, pag. 232. (Lib. IV, c. XIV).

3 È meritevole di considerazione la nota 14 a pag. 424 dell'opera di Schulting, *Jurispr. vet. antejustin.*: « nec ex eo quod quis non possit absolute nocens pronunciari, sequitur illum esse insontem; ac sæpe contra talem, præsumptiones existunt non leves ».

4 Mathæi, *De crimin.*, lib. XLVIII, tit. 17, cap. 2.

5 C. 15, X, *De judic.*, e specialmente Clarus, sent. 62, n.° 2.

quali unite alle precedenti bastino per la condanna, così si è voluto ricorrere a una specie di riserva che guarentisse la facoltà di riprendere in qualunque tempo il processo, anche ad onta della proferita assoluzione, e sorse così la formola *absolutio rebus, sic stantibus* [6] o *absolutio ab instantia* [7]. Simil pratica seguirono anche i tribunali tedeschi [8], ed è così che nelle nuove leggi di Germania [9] vediamo trasfusa questa specie di assoluzione [10].

Le ragioni che ne furono addotte son queste: Per l'indole sua il processo inquisitorio mira a raggiungere la verità assoluta, materiale [11], e non può per conseguenza tollerare che colui il quale è affatto innocente e fu tratto nel processo per un concorso di fortuite circostanze, sia messo a paro con colui che, secondo ogni verosimiglianza, è reo, benchè manchi qualche prova per poterlo dichiarar tale. In quei paesi specialmente in cui non era permesso di condannare sopra meri indizj, parve indispensabile di distinguere quegli imputati che eran riconvinti di reità per concorso d'indizj, ma che per legge non potevansi condannare, da quelli che avevano dimostrata la loro assoluta innocenza; tanto più che, dopo abolita la tortura, mancava ogni mezzo per costringerli alla confessione. La quistione divenne ancor più importante per ciò che riguarda la riassunzione del processo; e se parve giusta la massima che contro uno assolto pienamente non si possa più aprire processo, se non in via di eccezione e per prove

6 Così in *Clarus*.

7 Harprecht, *De absolut. ab inst. Tüb.* 1747. — Kleinschrod, Dissert. di dir. pen., P.e I, n.o 4.

8 Tittmann, *Man.* P.e III, pag. 612. — Böhmer *ad art.* 99. C. C. C. Kleinschrod, l. c., pag. 168. — Martin, *Tratt.*, § 145, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 186.

9 Cod. pen. austr. 1803, § 428 e Reg. attuale § 287. Ord. crim. pruss., § 412. Cod. bav., art. 335 (Vedi però l'aggiunta al presente capitolo).

10 Fra le leggi che ammettono la publicità, riconosce la sentenza dubitativa il cod. delle Due Sicilie del 1819 all'art. 280 colla formola *non constare abbastanza*. (Si ordina quindi la provvisoria liberazione, e se entro due anni emergono altre prove, può riassumersi la procedura. Ma scorsi due anni senza tali emergenze, oppure non valendo le nuove prove a far pronunziare la condanna, si deve dichiarare definitivamente la liberazione assoluta, che attribuisce il diritto di agire di calunnia e per risarcimento. Il giudizio dubitativo ha dunque una efficacia interinale, come lo aveva il *non liquet* dei Romani. Invece il *non consta* del Codice pen. pel regno d'Italia e lo *scioglimento d'accusa per insufficienza di prove* del Reg. austr. hanno una efficacia permanente — A).

11 Carmignani nella *Krit. Zeitschr.* (Riv. crit. di giurisprud. stran.), vol. I, pag. 358, e nella *Teoria*, vol. IV, pag. 252. Lib. IV, c. XIV) — Rosshirt nella sua Riv., vol. I, fasc. 2, pag. 186.

nuovamente scoperte e dietro accurato esame [12], per lo contrario si credette necessario di stabilir il principio che qualora contro un imputato rimangano gravi sospetti di reità, per i quali non lo si potrebbe proclamare innocente, il processo possa essere proseguito in qualunque tempo, se l' inquirente, a cagione di nuove scoperte speri che con queste e colle prove anteriori sia dato di conseguire la prova della reità. Si pose in campo anche la ragione dell' interesse sociale, e si disse che quand' uno è bensì assolto ma sotto il peso di tali indizj per i quali il processo potrebb' essere ripreso ad ogni istante, egli è impossibile di stendergli con fiducia la mano e considerarlo uguale a colui che ha dimostrato la sua piena innocenza. La qual ragione parve specialmente importante rispetto a coloro che coprivano dianzi un publico ufficio, dovuto soltanto a chi è onorato di publica stima; tanto più che sorge in pari tempo il quesito se possano essere nuovamente eletti a qualche carica, p. e., di consiglier comunale, o deputato. E finalmente si disse che quando l'imputazione aveva per oggetto un reato, che svela nell' imputato un uomo pericoloso alla publica sicurezza, ed egli, benchè assolto, ne resti tuttavia fortemente indiziato, sarebbe pur necessario di sorvegliare il suo ritorno nella civile società, e di impedire che riprenda la vita in comune coi socj del suo delitto.

Ma a queste ragioni se ne oppongono altre [13], le quali dimostrano l'ingiustizia della formola dubitativa e sconsigliano le nuove legislazioni dall'adottarla. Dappoichè in un processo vi sono due parti, l'accusatore e l'accusato, egli è contradittorio colle idee tutte che vi si riferiscono, il volere che anche quando l' accusatore non ha dimostrato pienamente ciò ch'egli era in obbligo di dimostrare, mentre l' accusato soffriva le pene e le ansietà del processo, quest'ultimo non abbia da essere assolto come innocente. Delle due cose l'una; o è certo che l'accusato è colpevole, o è certo che non lo è; poichè come non colpevole bisogna pur considerare colui che non è dimostrato colpevole nei modi prescritti dalla legge. Nella stessa guisa anche nel processo inquisitorio, quando la società, che agisce d'ufficio, non

12 Vedi la mia *Proc. pen. ted.*, § 198.
13 Mathæi *De crim.* Lib. XLVIII, lib. 16, cap. 4. — Ringelmann nei mater. di legisl. di Zurhein, vol. II, pag. 191.

riuscì a provare la reità dell' inquisito, questi dev' essere assolto. L'annettere poi conseguenze dannose a una sentenza dubitativa, gli è un violare il principio che nessuno dee sopportare legalmente un male, come effetto d' una data azione, se prima non sia legalmente riconvinto d'averla commessa. Or chi consideri quali conseguenze derivano all' imputato da una sentenza dubitativa, dee convenire che sono assai gravi. Privato degli onori e degli ufficj che aveva, escluso dalle nomine future [14], colle quali un uomo si trova onorato da' suoi concittadini; costretto a pagare le spese del processo [15] con danno forse gravissimo della famiglia; ecco de' mali effettivi. S' ha bel dire che infine l'imputato s'è posto egli stesso, colla sua condotta, in questa situazione sospetta; ma si dimentica che talora anche l' uomo più innocente può comparir reo per un cumulo di circostanze fortuite; che la malizia o la precipitazione di un denunziante possono porre la prima base dei sospetti, e trovare un inquirente troppo zelante che creda sospetto ogni passo anche il più naturale e innocente dell' imputato, e qualificar come indizio anche le azioni più indifferenti e persino le più legali [16]. Peggio poi se, come dispongono alcune legislazioni, l' assolto *ab istantia*, vien tenuto in arresto quando non possa dare cauzione [17]; imperocchè il

14 Così dispongono parecchie leggi. (Secondo le leggi austriache la sentenza dubitativa produce per l' imputato i seguenti effetti: 1.° Come testimonio in causa civile, è qualificato vizioso (§ 208 Reg. giud. Ma fu abolito in questa parte dal Reg transilvano ungherese, sicchè nel Lombardo-Veneto è vizioso un testimonio che nelle provincie ungheresi e transilvane è irrefragabile!) 2.° È escluso dagli ufficj giudiziarj, politici ed amministrativi, dal notariato, dall'avvocatura, e dall'ufficio d'agente di Borsa. 3.° (e questa è veramente grave): La sentenza dubitativa stabilisce a carico di un imputato *per sempre* una presunzione di capacità a delinquere, la quale, come osservammo altrove, tien luogo d' indizio e rende possibile la condanna anche col concorso di due soli indizj invece di tre (§ 281, Reg. di proc. pen.); con che, in ultima analisi, si è dato un valore uguale alla sentenza di reità e alla sentenza dubitativa, cioè alla certezza ed alla probabilità, il che ci par troppo — A).

15 Vedi la mia *Proc. pen. ted.*, § 191. (Così disponeva anche il Cod. pen. austr. del 1803 al 537; ma l'attuale Reg. di proc. pen. assolve dalle spese chi riporta sentenza dubitativa, § 342. Però anche secondo il cod. del 1803, se il pagamento delle spese era di danno alla famiglia, l'obbligo ne veniva rimesso dal Tribunale — A).

16 Se, p. e., quegli che l'inquirente considera come sospetto, intraprende un viaggio, e massime se lo fa segretamente (perchè forse ne lo consigliano certi riguardi di famiglia) potrebb'essere facilmente creduto fuggitivo.

17 Così il Codice bav., art. 394. Vedi su di ciò Ringelmann, op. citata, pag. 193. (Secondo il Reg. austr., § 316, ogni arrestato sciolto dall' ac-

privar uno della libertà è pur sempre arrecargli un male che non dovrebbe colpir altri fuorchè colui che merita pena. Oltre di che la cauzione è un funesto beneficio; poichè un padre che a stento mantiene onoratamente la sua famiglia, ed al quale l'arresto inquisizionale di molti mesi ha tolto ogni mezzo di guadagno, viene ad essere condannato all'arresto forse ancora per anni, solo perchè non è in grado di dar la cauzione.

La sentenza dubitativa riposa su due difetti del processo germanico, vale a dire: 1.° sull'essere troppo ristretta la teoria delle prove, e in ispecie sul divieto di condannare in forza di indizj (*); — 2.° sull'essere segreta la procedura. Non può negarsi (**), che la più parte di quelli che in Germania vengono assolti *ab istantia* verrebbero invece condannati da un Giurì o anche da giudici permanenti a cui fosse permesso di decidere della reità per indizj. Se così è, bisogna credere che gli altri contro dei quali non si potrebbe proferire una condanna nemmeno cogli indizj non siano veramente sospetti, laonde non si saprebbe nemmeno concepire un motivo di publico interesse che giustificasse contro di essi delle misure repressive. Dove poi la procedura è publica, la sentenza dubitativa è ancor meno ammissibile, perchè là il publico essendo intervenuto al dibattimento è in situazione di saper attribuire a una sentenza d'assoluzione il suo giusto valore [18], e distinguere il vero innocente da colui che rientra in mezzo ai suoi concittadini sotto il peso di sospetti non ancor dissipati. Cono-

cusa per insufficienza di prove, dev'essere posto in libertà subito dopo il passaggio in giudicato della sentenza (cioè se il Procuratore di Stato non ricorre), ma se ne comunica il nome colla sentenza all'autorità di sicurezza (§ 517), e qualora la liberazione immediata sembrasse di molto pericolo alla publica sicurezza, se ne fa rapporto all'Appello, e da questo al Capo politico del dominio. In pratica si dà a questa disposizione una esorbitante estensione; ed anzi l'Autorità politica ha disposto in via di massima che i sciolti dall'accusa siano mandati alle carceri di polizia per le provvidenze di publica sicurezza. Ma non è questo il luogo di esaminar queste leggi — A).

(*) Questo divieto espresso nella Cost. Car. non esiste più, come già si disse — A.

(**) Il testo dice: *Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass*, ecc. È noto che la frase *in Abrede stellen* significa *impugnare, contradire*, ed è di uso costante nel foro. Lo abbiam voluto accennare affinchè si veda la ragione della differenza tra questa traduzione e la francese che dice *on objecte que la plupart*, ecc. (e così la palerm.), il che non rende il concetto dell'Autore — A.

18 Così fin dal XVI secolo ragionava anche Avrault, *ordre, formalité*, ecc., pag. 535.

sciuto il vero stato delle prove che v'erano contro di lui, i concittadini san subito qual contegno assumere, per quella circospezione che l'interesse insegna (*); ed è perciò affatto inutile che le leggi si curino di escludere dal diritto di eleggibilità gli assolti *ab instantia*. Si lasci agli elettori la briga di informarsi, se quegli a cui vorrebbero dare il voto ne sia degno o no; essi torneranno sul processo che fu trattato, e trovando che c' eran veramente de' sospetti contro l'imputato, non lo eleggeranno al certo. Per tal modo la elezione sarà una onorevole testimonianza di stima conceduta dai cittadini a chi ha subito ingiustamente un processo [19].

Non si dee tacere altresì che una prescrizione generale che ordinasse per ogni assolto *ab instantia* o di dar cauzione o di rimanere in arresto politico, sarebbe viziosa e sconveniente per la sua stessa generalità. V' hanno, è vero, persone le quali restan sospette d'aver commesso reati che si presentano come arditi e pericolosi attacchi contro la publica sicurezza; e allora lo Stato può avere un urgente interesse di non ridonare illimitatamente alla libertà o di far sorvegliare cotali individui, già temibili per la loro vita trascorsa e la cui famigliarità con altre persone pericolose si svelò dal processo; ma questo è un caso eccezionale nè può servir di regola comune per tutti gli assolti *ab istantia*, e p. e., per quelli processati per duello, per offesa alla maestà sovrana (**), e simili.

Se però tutte queste ragioni dimostrano non dover una nuova legislazione adottare la formola dubitativa, non possono impedire per altro che esista nella pratica del diritto germanico, sancita da ben tre secoli. Giova dunque

(*) Questa obbiezione, al pari di alcune altre, fu fatta anche dal prof, Bald. Poli nella già lodata sua dissertazione *Sulle principali riforme di proc. pen.* Ma non è di vitale influenza: 1.° perchè in tutti i casi in cui il dibattimento si tiene a porte chiuse, il publico non è informato dello stato del processo; 2.° perchè i giudizj del publico sono spesse volte erronei, e diffondendosi, a guisa di tradizione, dai presenti agli assenti, dai contemporanei ai posteri, ponno cambiare onninamente la condizione di un imputato; 3.° perchè la procedura giudiziale deve esaurirsi da sè stessa, e non attendere da elemento estraneo, e tanto meno incerto com' è il voto popolare, la definitiva sanzione che la completi — A.

19 Si noti però che il divieto generale di nominare agli assolti *ab instantia* può trovarsi in urto coll' opinione publica anche pel motivo che vi son de' reati nei quali le leggi e l' opinione non sono d'accordo.

(**) S' intende alla Persona, non al governo. Il testo usa la parola *Majestätsbeleidigung*.

occuparsi delle condizioni sotto le quali si possa proferire una condanna d'assoluzione *ab istantia*.

1.° Dev'esservi una sì alta verosimiglianza della reità dell'imputato, che questi rimanga tuttavia gravemente sospetto [20]. Che se al contrario gl'indizj son lievi; se in specie fu addotta una giustificazione che ne abbia scemato il valore, non si potrebbe ammettere la sentenza dubitativa, avvegnachè sopra siffatti lievi indizj non si potrebbe nemmeno avviare l'inquisizione speciale (*). — In pratica si usa la formola dubitativa anche quando l'imputato d'un reato grave lo nega e ne ammette uno meno grave [21]; e se, ciò non ostante, sussistono ancora de' sospetti che la prima imputazione fosse fondata; si usa assolverlo *ab istantia* dal reato più grave e condannarlo per l'altro. Ma qualora il fatto sia l'identico [22], questo doppio giudizio non può di certo approvarsi [23], perocchè è cosa illogica punir uno per un fatto sulla cui vera natura non si è certi [24], come lo dimostra la formola dubitativa adottata pel fatto medesimo, guardato nel suo aspetto più grave; poi si va incontro a una

20 Kleinschrod, loco citato, pag. 191. Cod. bav., art. 356.

(*) Secondo il Regolamento austr., come già si disse, si può avviare l'inquisizione speciale anche sopra indizj remoti. Ora il § 287 dice doversi pronunziare la sentenza che l'accusato vien sciolto dall'accusa per insufficienza di prove (che è la formola dubitativa) « quando non siasi raggiunta la prova legale della reità, senza che per altro tutti *gli indizj* insorti contro l'accusato abbiano intieramente perduta la loro forza ». Noi siam di parere che qui la legge allude agli indizj *prossimi*, poichè essi soli son vere prove, ed essi soli possono essere *sufficienti* o *insufficienti* alla condanna, mentre i remoti son *sempre insufficienti;* epperò se restano soltanto indizj remoti del § 142, si dee proferire un giudizio d'innocenza. Vedi su di ciò un art. nell'*Eco dei Trib.*, n.° 805 — A.

21 P. e., confessa d'aver ucciso A, ma nega d'averlo fatto apposta, e dice che fu per negligenza.

22 Come nel caso ora detto, oppure se una imputata d'infanticidio neghi d'aver ucciso il neonato, ma risulti però che in ogni evento ella sia responsabile di negligenza, p. e., per non aver chiamato soccorso nel parto.

23 Cod. bav., art. 357. (Reg. austr., § 290: « Risultando dal dibattimento che il fatto costituisce un reato diverso da quello pel quale ebbe luogo il conchiuso d'accusa, si pronuncierà bensì sul reato medesimo a tenore di legge, ma nella decisione del Tribunale si esprimerà contemporaneamente che l'accusato è assolto e dichiarato innocente, oppure sciolto dall'accusa per insufficienza di prove, riguardo al reato postogli in origine a carico. E così infatti decide la pratica, sanzionata da varie decisioni della Corte suprema. *Eco dei Trib.*, numeri 720 e 751 — A).

24 P. e., nel caso accennato qui sopra, nota 22, sciogliere dall'accusa l'imputata per titolo d'infanticidio e condannarla per trascuranza o per omessa notifica del parto. (E pare strano infatti che la sentenza dica *esser certo* che l'infante morì per trascuranza, e nello stesso tempo *esser dubbio* che la madre lo abbia ucciso apposta, perocchè quella *certezza* esclude questo *dubbio* — A).

grave difficoltà, quando, scoprendosi che l'imputato era veramente reo del delitto più grave si dovrebbe imputar nella pena quella subìta pel delitto più lieve. Così pure non può giustificarsi nemmeno la pratica di assolvere *ab istantia* [25] l'imputato sul conto del quale è dubbio se avesse la morale responsabilità delle sue azioni [26]; poichè lo Stato corre pericolo in tal modo di infliggere un male (insito più o meno in qualunque sentenza dubitativa) anche a chi, non essendo imputabile, non può essere punito in verun modo; con che si commette una doppia ingiustizia perocchè può ben credersi che in questi casi dubbiosi vi sia stato almeno qualche perito che opinava per la non imputabilità. D'altronde la sentenza dubitativa non è nemmeno necessaria, poichè se esiste una causa che perime la imputabilità, sorge nello Stato il diritto di sottoporre l'imputato a tutte quelle misure di cautela che sono convenienti per un alienato pericoloso alla sicurezza de' proprj concittadini (*).

2.° La sentenza dubitativa non è ammissibile se non quando non siavi più nessun mezzo di scoprire la verità [27], ma sia però verosimile che si otterranno più tardi delle prove per riconvincere pienamente l'imputato. Se adunque le leggi del paese accordano di deferirgli il giuramento purgatorio, e il caso concreto ne somministra le condizioni, si dee non già proferire una *absolutio ab istantia* ma deferire il giuramento; ben inteso però che non siano sperabili altre prove, poichè se vi fosse la speranza di poter completare in seguito il processo, non si dovrebbe pri-

25 Giorn. d'Hitzig pel dir. pen. pruss. Vol. I. fasc. 3, pag. 191.

26 Lo stesso, fasc. 8, pag. 421.

(*) Secondo il nostro modo di vedere quando è dubbio in qual condizione di animo siasi trovato l'accusato al tempo del fatto, non può proferirsi un giudizio d'innocenza. Non solo deve il giudice avere la certezza del dolo per condannare, ma deve anche avere *la certezza che dolo non vi fu* per dichiarare l'innocenza. Vi posson essere molte circostanze che rendono dubbioso il giudice circa la condizione d'animo dell'accusato al tempo del fatto, perchè se questa condizione non può dedursi che da fatti esterni, questi ponno essere incerti e involger di nebbie anche l'elemento interno. Così fu sciolto dall'accusa per insufficienza di prove *della imputabilità* quel Curti di cui parlammo nella nota 30, pag. 267 e che prima era stato condannato a morte (*Gazzetta dei Trib.* di Milano, 5 aprile 1559). Si noti però che diciam sempre *al tempo del fatto*, poichè se fosse dubbio lo stato di mente anche *al tempo del giudizio* allora non si può proferire nessuna decisione, nè assoluta nè dubitativa, e l'imputato dev'essere posto in cura — A.

27 Quistorp, *Grunds.* (Proc. fondam.) § 776.

varsi, con una precoce delazione del giuramento, della possibilità di scoprire il vero. Il tribunale dovrà dunque esaminare attentamente la situazione in cui si trova il processo, e l'indole e forza delle prove che si hanno, e le qualità individuali dell' imputato.

Gli effetti dell' *absolutio ab istantia* son quelli d'ogni altra assoluzione, ove la legge non disponga diversamente. Secondo il diritto e la pratica comune di Germania, sono i seguenti: 1.° Che il processo può essere riassunto dal giudice in qualunque tempo, per effetto di nuove scoperte [28], senza bisogno d'apposita autorizzazione del tribunale superiore. — 2.° Che l'assolto *ab istantia* vien posto sotto sorveglianza della polizia [29]. L'estensione di questa sorveglianza dovrebb' essere determinata dal giudice nella istessa sua sentenza, poichè non v' ha dubio che è una restrizione dei diritti civili [30], epperò non è giusto che la determini l'autorità politica senza una legge nè una sentenza di giudice. Poi i tribunali, oltrechè si può presumere che ponderino più legalmente le cose, sarebbero anche in grado, meglio che le autorità politiche, di misurare la forza di quel sospetto che è rimasto, e la grandezza del pericolo che un dato individuo minaccia alla società [31]. Del resto egli è giusto che l'autorità politica possa esercitare codesta sorveglianza secondo le disposizioni del giudice [32], o le facoltà della polizia, come su ogni altro individuo sospetto [33]. Quanto all'obbligo di dar cauzione, invece, non può dipendere che da leggi particolari.

Aggiunta inedita.

La dottrina dell' *absolutio ab instantia* ha perduto in questi ultimi tempi la primitiva sua importanza [1]. Dove fu abolita la teoria legale delle prove e introdotto il sistema dell'intimo convincimento, non si parla nemmeno di sen-

28 Kleinschrod, pag. 215. (Secondo il Reg. austr. questa riassunzione è però limitata al termine della prescrizione, § 367).

29 Kleinschrod, pagi 219; ordin. Crim. pruss., § 409. Vedi sopra nota 17.

30 Si fa richiamo all'art. 195 della C. C. C.

31 Pfeiffer, *Pract. Ausführungen.* (Dissertaz. prat.) Vol. III, pag. 433. Martin, *Tratt.* § 145; Abegg, *Tratt.*, pag. 300.

32 Ordin. pruss. negli annali di Kampz, vol. VI, pag. 26.

33 P. e., con carte di soggiorno, coll'obbligo di presentarsi periodicamente all'ufficio di polizia, coi precetti, e simili.

1 Sull' *ampliatio* dei romani, vedi Geib, *Gesch. des rom. Strafproc.* (Stor. del proc. pen. dei rom.), pag. 166, e 369-372.

tenza dubitativa, perchè l'intimo convincimento o dev'essere pieno o non ha verun solido fondamento, il che è di tutti i casi in cui rimangono al giudice dei forti dubbj che gli impediscono di credere alla reità, poco del resto importando di sapere quali e quanti siano cotali dubbj. Secondo l'indole del processo accusatorio, l'accusa sostiene che l'accusato sia reo d'un dato misfatto; e i giudici son chiamati a decidere non altro che questo: se l'accusato sia reo o non reo; l'espressione *non reo* vuol dire adunque che si han dei dubbj contro la reità; nè avvi motivo perchè abbian da decidere altresì se abbiano o non abbian dei dubbj circa l'innocenza (*). E se poi dal decidere nell'un modo piuttosto che nell'altro scaturiscono certe conseguenze per l'imputato, può temersi facilmente che il giudice divenga ingiusto. Il Cod. delle Due Sicilie ha la formola *non constare* e produce l'effetto di dar luogo a una più ampia istruzione (vedi sopra pag. 538, nota 10). Anche la legge di Scozia ha la sentenza dubitativa colla formola *non provato* (not proven) che differisce dal *non colpevole* (not guilty). Però il *non provato* non equivale propriamente all'*absolutio ab instantia*, perchè non ne deriva alcuna conseguenza dannosa per l'imputato [2]. Queste sentenze che esprimono lo stato d'incertezza del giudice furono difese

(*) Il sistema accusatorio odierno non si fonda sull'accusa privata ma sulla indagine d'ufficio. Come dunque applicare le conseguenze del più puro processo d'accusa? Come voler che si decida perentoriamente anche nel dubbio? Perchè, come disse Romagnosi, violentare cotanto la coscienza dei giudici, obbligandoli a pronunziare un *no*, anche quando non ne possono essere convinti? Un giudizio solennemente pronunciato e pur non vero, urta e sconvolge le idee che ciascuno si forma, sulla certezza e sulla prova; e quel dedurre dal dubbio una conseguenza indubitata, quel dare alla probabilità un peso maggiore del giusto, quell'asserire ciò che non è certo, è di cattivo esempio sul popolo le cui idee più comuni possono venirne confuse. Quindi è che incoerente con sè stessa presentasi la legge, se da un lato ingiunge ai giudici del fatto d'interrogare sè stessi e cercare nella sincerità della loro coscienza l'impressione avuta dalle prove, e dall'altro restringe poi l'espressione di questa convinzione per modo che più non la rappresenti, ordinando di pronunciare se l'accusato sia o non sia colpevole. Deve infatti necessariamente in qualche caso avvenire (p. e., nei casi di conflitto tra prove contrarie, di cui si è parlato nel Cap. XIX di quest'opera) che l'espressione non corrisponda all'intimo convincimento, e possa perciò dichiararsi *non colpevole* una persona, non già per volo, ma contro il voto dei giudici e repugnante il loro animo. Violazione evidente dell'ordine logico — A).

2 Vedi maggiori notizie nella mia opera *Das englische Strafverf.* (Il proc. pen. ingl.), pag. 480, e nell'altra *Die Gesetzebung*, ecc. (Legis. e prat.), pag. 587.

con molta ampiezza da Ambrosoli, ma si vede che egli seguì le vecchie idee del sistema inquisitorio [3].

Tutte le legislazioni tedesche che accolsero il sistema dell'intimo convincimento non hanno più la formola dubitativa, tranne il Reg. di proc. pen. di Sass., che sebbene abbia abolita la teoria delle prove stabilisce alcune restrizioni come conseguenze della sentenza assolutoria, qualora non v' abbiano prove sufficienti per la condanna, e restino ancora forti dubbj della reità dell'accusato. Fra quelle poi che insieme colle forme d'oralità e d'accusa, vollero conservare una teoria di prove, la legislazione austriaca è la sola che abbia mantenuta l'*absolutio ab instantia*, come abbiamo già veduto. Da molti scrittori censurata, da altri difesa [4], è però dalla più parte reputata più o meno ingiusta e dannosa.

3 È la dissert. citata più sopra *Delle sentenze dubitative nei processi criminali*, a cui rimettiamo i lettori. (L'illustre Autore, onorando quel nostro lavoro di parole d'encomio, che noi abbiam soppresse, conoscendole non meritate, ha voluto aggiungere però alcuni argomenti di più contro la formola dubitativa. Che le nostre vedute partano dal principio inquisitorio è vero, ma considerato come il carattere veramente nobile della missione che ha il Potere. L'azione d'ufficio è, secondo noi, legge suprema, tranne alcuni casi minori in cui l'interesse privato prevale al publico; ed è la sola che corrisponda esattamente al concetto del diritto di punire nella civile società. Col debito rispetto pertanto all' opinione del chiarissimo Autore, noi, non trovando una vera contradizione tra il principio dell'azione d'ufficio, e le forme d'accusa e di oralità, confessiamo di non poterci ancora convincere che la sentenza dubitativa sia un errore ed una ingiustizia. Bensì protestiamo contro le esorbitanze della pratica. V' hanno dei giudici e dei Procuratori di Stato a cui la parola *innocenza* suona male; perchè sembra lor di vedervi un rimprovero, per avere avviato il processo; e da loro niun accusato può mai sperar altro, in ogni miglior caso, che un giudizio dubitativo. Questi sono eccessi rimasti del sistema inquisitorio *puro* del 1805, a cui l' attuale Regolamento si tenne troppo ligio. Vedi anche la nota * a pag. 55 del presente volume — A).

4 Principalmente da Hye, *Princip. fondam.*, pag. 53 e 523 dell'ediz. ital. (Con questo Autore però non possiam convenire là dove afferma che la sentenza dubitativa non reca *nessuna conseguenza svantaggiosa* di diritto, su di che rimandiamo il lettore alla nota 14 del presente capitolo A). In Austria nel 1856 furono pronunziate 1699 sentenze d' innocenza e 5555 sentenze di scioglimento d' accusa per insufficienza di prove, come risulta dalla *Darstell. der Ergebnisse*, ecc. (Tav. stat. della giust. punit. in Austria nel 1856), Vienna 1857, p. 120. (La nuova legge del 5 mag. 1858, citata già a p. 86, nota * del pres. vol., mentre ha giustamente disposto che un imputato non sia tratto con troppa facilità al dibattimento, ha però introdotto la *cessazione per insufficienza di prove*, equiparandola in tutto a una sentenza dubitativa finale. Questo fu un troppo aperto ritorno al sistema inquisitorio. Ci sembra assai migliore il sistema d'altre legislazioni di far decidere dalla camera d'accusa se si faccia luogo o non si faccia luogo all' accusa. La decisione *non farsi luogo* dissipa qualunque sospetto insorto nell'istruzione, e quella *farsi luogo* rimanda l'accusato al dibattimento. Non v' ha dubbio che per effetto di quella Ord. imp. siano im-

A favore della formola dubitativa si suole addurre non doversi confondere gli innocenti coi sospetti, ed esigere lo stesso publico interesse che si faccia tal distinzione; ma anche questo è un mero attaccamento al principio inquisitorio; ed è poi cosa ingiusta infligger dei mali a colui che la società si sforzò indarno di dimostrare colpevole, e che perciò deve reputarsi giuridicamente innocente, e soffre a torto pel solo motivo che i giudici non credono dissipati tutti gli indizj. Sopratutto è da considerare che, giusta la pratica dei tribunali [5], i giudici sono spesse volte incerti se abbian da dichiarar innocente l'accusato, o da sciogliere dall'accusa con formola dubitativa; e allora accade poi che se i giudici son troppo apprensivi, danno esorbitante valore ai pretesi indizj non dissipati e preferiscono la sentenza dubitativa, mentre forse l'accusato è innocente. Pretendere poi che non si possa dichiarar uno innocente se non quando *tutti* gli indizj abbiano perduto intieramente la loro forza, è assolutamente troppo, oltre di che è una condizione indeterminata, che perciò favorisce l'arbitrio del giudice.

CAPITOLO LXVI.

Del giuramento suppletorio (*).

Nel processo criminale si potrebbe concepire il giuramento o come deferito da una delle parti all' altra, p. e., dall' accusatore all' accusato, in quel modo che avverrebbe nel processo civile; o come deferito dal giudice all'accusatore od all'accusato, sia per rafforzare un loro asserto (giuramento suppletorio), sia per contradire ad una incol-

mensamente cresciuti i giudizj dubitativi, perchè la cessazione per insufficienza di prove è un comodo ripiego per giudicare senza la fatica di un dibattimento; e tal giudizio è poi tanto meno attendibile in quanto che si pronunzia in sessione composta da un presidente e da due giudici soli, dei quali uno può essere lo stesso inquirente, ed in forma di deliberazione interna, senza publicità nè intervento dell'imputato, nè di un suo difensore. Quell'ordinanza imperiale insomma, dettata precipuamente da mire di economia, ci par che abbia gravemente nuociuto al sistema processuale — A).

5 Arnold, *Gerichtssaal* 1854, pag. 225. Vedi anche Rulf, *Magaz* XI, p. 125, X, p. 153. *Comm.* II, p. 151. Costa, *Gazz. dei Trib.* di Vienna 1855, n.° 81, 127. Lienbacher *Der Anklagegrundsatz* (Il princ. accusatorio), pag. 88.

(*) Benchè l' uso del giuramento nel processo penale sia ora affatto scomparso, tranne che pei testimonj e periti, le cose dette in questo e nei successivi capitoli, sono utili per la storia delle prove — A.

pazione (giuramento purgatorio). Benchè sianvi stati di quelli che hanno propugnato l'ammissibilità del giuramento nei processi penali [1], si riconobbe però ben presto [2] dai più che è affatto inammissibile, poichè sarebbe un transigere, e la transazione non si può concepire che nelle cose alle quali si può anche rinunziare, il che non è dei diritti e degli interessi publici, che sono oggetto del diritto e del processo penale. La scoperta del vero e la punizione dei misfatti, non può mai dipendere dall'arbitrio d'un privato; nè la ragione che tende con ogni sforzo alla verità assoluta, può dirsi sodisfatta, per ciò solo che una altrui asserzione sia giurata. Nessuna legge poi lo ammette, laonde si può affermare in via generale [3], che qualunque volta si tratti di applicar una pena, non è il caso di deferire il giuramento.

Volendo però esaurir questo soggetto, diremo che il giuramento suppletorio, potrebbe concepirsi o prestato dall'accusatore a integrare la prova non piena da lui somministrata dei singoli punti d'accusa, o prestato dall'accusato a integrare la prova delle sue eccezioni sulle quali avesse addotta soltanto una prova semipiena, giusta il linguaggio dei pratici. Ma nè nell'uno nè nell'altro caso sarebbe giustificabile. E infatti quanto al primo [4], è da notare che nessuna legge autorizza il giudice a ricevere dall'accusatore siffatto giuramento; che anche pel giuramento deferito dal giudice, valgono le regole di quello deferito dalla parte, e che perciò i motivi che sconsigliano il giuramento in genere sconsigliano anche il giuramento suppletorio; che finalmente il giuramento del testimonio vale bensì a renderlo meritevole di fede, ma non è una prova a sè nè poi basterebbe a dissipare i dubbj, se il testimonio deponesse e giurasse in causa propria. Quanto poi al secondo, cioè al giuramento dell'imputato, giova considerare che sarebbe superfluo [5], pel motivo che nel processo penale non si può parlare di eccezioni propriamente dette, nè addossare

1 Deranti, *Specul.* II, 2. *De juramenti delatione.*

2 Malblank, *De jurisprud.*, § 45. — Gluck, *Comm.*, XII, pag. 269. — Heffter, Arch. XIV, p. 60.

3 Quindi anche nelle leggi penali finanziarie in cui si tratta di pene pecuniarie. Böhmer ad C. C. C., art. 62, § 3, e in senso opposto Malblank, loco citato, ed Heffter, loco citato, pag. 64.

4 Böhmer *ad Carpzov.*, qu. 114, obs. 1. Quistorp, *Beiträge* (Saggi), pag. 310. — Stryk, op. tom. XI, diff. 29, § 14. — Martin, *Lehrb.* (Tratt.) § 72, nota 6, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 177. — Heffter, loco citato, p. 60

5 Quistorp, op. cit., pag. 310. — Böhmer, *Medit. ad* C. C. C., art. 141 § 2, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 177.

all'accusato l'obbligo di provare pienamente le giustificazioni da lui addotte, sotto comminatoria che non vi si avrebbe riguardo; chè anzi, secondo le massime più giuste, basta che siano rese verosimili, perchè non si possa più dir completa la prova d'accusa, e sia inevitabile un giudizio d'assoluzione.

Ben volle acutamente Heffter [6] modificare la regola, dicendo importante il giuramento in quei casi, in cui, essendo non piena la prova, si dovrebbe pronunziare una sentenza dubitativa, e l'accusato invece pretendesse una dichiarazione d'assoluta innocenza. Ma anche in questi termini il giuramento sarebbe superfluo, perchè o l'addotta giustificazione è resa assai verosimile da argomenti di molto peso, e allora bisogna proferire un giudizio d'assoluta innocenza; o la verosimiglianza è appena remota, e sarebbe cosa assai incauta il far dipendere la piena prova dal giuramento dell'imputato. E d'altra parte si risolverebbe in un giuramento purgatorio, epperò non ammissibile, dove questo giuramento non è riconosciuto dalla legge.

CAPITOLO LXVII.

Del giuramento purgatorio. Sua definizione e valore.

È ormai generalmente ammesso che il giuramento purgatorio era ignoto ai romani [1]; negavasi un tempo che fosse sòrto dal diritto canonico [2], ma ora lo si riconosce. In Germania poi si usava di certo anche prima dell'era cristiana [3]. L'imputato conduceva seco parecchi suoi compagni, che giuravano insieme con lui, e confermavano così le sue asserzioni, a guisa di testimonj della di lui veracità e innocenza; questo allora bastava, e l'imputato si considerava purificato [4]. Siffatto sistema si connetteva coll'intima

6 Nell'Arch. Vol. XIV, pag. 59.

1 Quanto al processo civile è cosa ammessa da tutti. Rispetto al processo penale, vedi Biener, *Beitr. zur Gesch. des Inquis. Proz.* (Contrib. alla stor. del proc. inquis.), pag. 22, e Abegg, *Histor. pract. Erört.* (Studi storico-pratici di procedura penale.) Berlino, 1833, pag. 14, 25.

2 Biener, op. cit., pag. 22. Abegg, pag. 26 e la mia *Proc. pen. ted.*, § 177.

3 Kohlerup Rosenvinge, *De usu juram. in litibus*, Havn. 1815. — Rogge, *Gerichtswesen*, (dei giudizj), pag. 156. Meyer, *Esprit, origine*, ecc., vol. I, pag. 300; *Theorie des lois politiques*. Vol. II, pag. 15.

4 Vedi le citazioni riferite nella mia *Proc. pen. ted.*, § 14.

costituzione del comune e della famiglia. Le forme erano diverse nei varj popoli germanici [5]; ma il fondamento era lo stesso, cioè una comunanza religiosa di *conjuratores* o *compurgatores* [6]. Il diritto canonico seguì poi le idee popolari [7], e accettò per conseguenza anche il giuramento come prova processuale, prima per i laici, poi anche per gli ecclesiastici. Nei primi tempi questa specie di giuramento fu di uso costante per gli imputati, nelle comunità cristiane, e serviva a dissipare addirittura qualunque sospetto, senza che si passasse alla vera procedura probatoriale; ma più tardi, essendosi diffuso il sistema inquisitorio, si introdusse il giuramento purgatorio anche nei tribunali ecclesiastici [8], come un mezzo di prova per quell'imputato contro il quale erasi aperta la speciale inquisizione, e che non poteva addurre una prova piena a sua giustificazione.

† Recenti studi (*a*) hanno cambiate d'assai le idee prima dominanti sull'origine del giuramento purgatorio e massime sulla quistione se sia stato introdotto prima in Germania, avanti l'era cristiana, o prima nei tribunali ecclesiastici cristiani (*b*). Era poi di tre specie. 1.° Il giuramento che prestavano tanto l'accusatore quanto l'accusato, 2.° quello che prestavano i testimonj detti anche *juratores*, e 3.° quello dei *compurgatores* (*Eideshelfer*) (*c*). †

Nei tribunali laici si trovano i *compurgatores*, anche molto innanzi nel medio evo [9], ma con qualche modificazione † massime nel diritto consuetudinario (*d*) †. E siccome alcune leggi antiche s'accontentavano in qualche caso

5 Si trovano buone notizie in Repp, *Historical treatise on trial by jury* (Tratt. stor. del giudiz. per giurati). Edim. 1852.

6 Schildener, *Ueber religiöse Gemeinschaft der alten Mitschwörenden* (Della società religiosa degli antichi conjuratores). Greifswalde 1853.

7 C. 5-6, 8, c. II, qu. 5. Böhmer, *De usu juram. purgator.* § 15. — Biener, pag. 23-25. — Abegg, loco citato, pag. 52.

8 C. 19. 20 X *De accusat.* c. 10 X *De purgat. can.* Biener, pag. 21.

(*a*) Hildebrand, *Purgatio canonica vulgaris*, Monaco 1841. — Waechter, *Beitr. zur deutschen Gesch.* (Studj di stor. germ. e in ispecie di stor. del dir. pen.), pag. 54. — Biener, *Gesch. des Inquisitionsproz.* (Stor. del proc. inquisiz.), pag. 22. — Zoepfl, *Deutsche Rechtsgesch.* Stor. del dir. germ.), 5.ª ediz. 1858, pag. 933.

(*b*) È certo oramai che nei primi tempi della chiesa cristiana non si conosceva questo giuramento. Hildebrand, op. cit., pag. 934 e segg.

(*c*) Zoepfl, op. cit., pag. 934 e segg.

9 Si trovano copiose notizie in Giesebert, *Specul. statutor. harm. pract.*, pag. 640-704. — Dreyer, *Nebenstunden* (Ore d'ozio), pag. 37. — Albrecht, *Doctrina probat. secundum jus germ*, pag. 5.

(*d*) Zoepfl, op. cit., pag. 961.

del giuramento dell' imputato [10], così l' uso se ne rese più frequente di mano in mano che venne decadendo l'instituto dei compurgatori [11], ma poi al sorgere della teoria legale delle prove propriamente detta, lo si riconobbe anch' esso inammissibile. Del resto il non esserci traccia di giuramento nel diritto romano, e il non vederlo nominato nella Cost. Carolina, avrebbe bastato probabilmente a porlo affatto fuori d' uso, se alcuni giuristi assai influenti nella pratica non avessero mantenuto il giuramento, almeno sotto un altro punto di vista. Tra gli altri Carpzovio [12] considerava il giuramento purgatorio come un mezzo acconcio per iscoprire la verità, in quanto che l'imputato vien con esso, come con una tortura morale, anzi spirituale, obbligato a confessare; per la qual cosa se invece l'imputato presta il giuramento, questo deve aver la forza di cancellare qualunque sospetto, come d'altra parte il rifiuto equivale (almeno nei reati minori) a una implicita confessione per la quale resta legittimata l' applicazione della pena. E codesta opinione del Carpzovio dominò lungamente nella pratica, benchè già per tempo fosse dimostrata ingiusta [13]. E infatti in tal modo il giuramento purgatorio diventava una instituzione pregiudizievole all' imputato; e per di più era illogico parlar di mezzo coattivo per rintracciare la verità, allorquando appunto non si faceva uso del giuramento purgatorio, cioè quando l' imputato non lo prestava [14], perchè se egli giurava ogni sospetto svaniva, e il fisco doveva pur ritenere che l' imputato non avesse commesso il delitto.

Vi fu però chi pretese di dare al giuramento purgatorio una speciale importanza, col farne un uso somigliante a quello che si fa del giuramento suppletorio nel processo civile, limitandolo cioè al caso in cui vi fosse contro l'imputato soltanto una prova insufficiente della reità, e ammettendo allora il giuramento purgatorio a dissiparla [15]. Se non che di mano in mano che la teoria e la pratica pro-

10 P. e., lo statuto d'Amburgo nel nuovo Arch. del Dir. crim., vol. VI, pag. 425.

11 Ordin. giud. del 1555, P.e II, tit. 10, § 1. Vi si trova ancora il giuramento purgatorio.

12 *Praxis rei crim.*, P.e III, qu. 116. Vedi su di ciò Abegg, pag. 111.

13 Böhmer, *Jus. eccl.* Prob. V, lib. V, tit. 34.

14 Come osservò Abegg, pag. 127.

15 Martin, *Lehrb.* (Tratt.), § 111. — Stübel, *Proc. crim.*, § 1257.

cessuale manifestarono la loro decisa tendenza verso la verità assoluta, si venne dimostrando sempre più quanto il giuramento purgatorio mal corrispondesse allo scopo [16]. E nessuno dubita infatti che da questa fonte il giudice non può al certo, come dalle altre, trarre un ragionevole convincimento della verità dei fatti. La situazione in cui si trova l'imputato al quale si deferisce il giuramento purgatorio, è siffattamente anormale, da doversi temere che, nel conflitto dei due opposti sentimenti, egli preferisca di accettare il giuramento per sottrarsi alla pena, piuttosto che rafforzare, con un rifiuto, i sospetti che già si hanno contro di lui. Nè vale il dire che egli colla fattagli delazione del giuramento, vien posto in uno stato di coazione psicologica [17], per modo che se appena conserva un resto di principj morali e religiosi non potrebb'essere sì svergognato da aggravare d'uno spergiuro la sua coscienza; poichè chi guardi al corso ordinario delle cose, ben di leggieri si accorge che il giudice non ha nè può avere guarentigia veruna che codesti sentimenti morali e religiosi siano abbastanza forti sull'animo dell'imputato; epperò se questi è gravemente sospetto, come crederà il giudice che senta vivamente l'importanza e la forza del giuramento? E se poi il sospetto è lieve, con qual diritto porre in sì angosciosa situazione un innocente (chè tale può essere) che o debba giurare, e qualcuno vi sarà pure nel publico che crederà aver egli giurato il falso ed essere reo; o debba rifiutarsi di giurare e anche questo rifiuto gli rechi danno, deducendosene la supposizione di una tacita confessione della reità? Oltre di che con ciò si va contro alla massima fondamentale della verità assoluta non essere accettabile nelle cose penali la acquiescenza di parte; e per ultimo quel rifiuto non è un fatto molto concludente dacchè anche un innocente potrebbe aver ripugnanza a giurare per motivi ben diversi. Che se poi da quel rifiuto non si vuol dedurre una vera confessione implicita, ma soltanto un nuovo indizio o sospetto di reità, allora si torna all'*absolutio ab instantia*, per proferire la quale però non era punto necessario di deferire il giuramento.

16 Vedi Globig e Huster *Abh. v. d. crim. Gesetzg.* (Diss. di dir. pen.), pag. 364. Globig. *Teor. della veros.*, vol. II, pag. 99. — Meister, *Ueber den Eid* (Del giuram.) p. 105, e la mia *Proc. pen. ted.*, § 177. — Heffter. Arch., vol. XIV, pag. 42.

17 Vedi Stübel, *Proc. crim.*, § 1252.

Digitized by Google

Concludasi adunque che più non esistono le condizioni a cui si connetteva un tempo il giuramento purgatorio coll'appendice dell'instituto dei compurgatori, e che l'accontentarsi nel processo penale della verità formale o di convenzione, come facevano gli antichi, sarebbe un contradire ai principj fondamentali che lo reggono [18]. Aggiungasi poi che ben dovrebb'essere singolare la situazione del giudice, se avendo deferito il giuramento a un uomo ch'egli sospetta colpevole, trovasse, contro ogni sua aspettazione, che questi si dichiara senz'altro pronto a prestarlo, perocchè si vedrebbe costretto a lasciarlo giurare, benchè persuaso che giurerebbe il falso.

Prima di chiudere aggiungeremo essersi proposta da taluni una applicazione più razionale e più nobile del giuramento [19], vale a dire di deferirlo soltanto a persone veramente stimabili, le quali non avessero potuto altrimenti dissipare del tutto i sospetti, chè allora si potrebbe con tranquillità assolverle pienamente; ma ancora non sarebbe una eccezione ragionevole: prima di tutto perchè è cosa assai difficile il determinare quali persone meritano una speciale fiducia, poi perchè se si lasciasse questa decisione ai giudici giurisperiti che conoscono le persone soltanto dagli atti del processo, sarebbe da temersi o che agissero per arbitrio, o che fossero illusi. Nè si dica che tratterebbesi di limitare quella concessione del giuramento ai casi meno gravi [20], perchè anche in essi lo Stato deve ugualmente amministrare la giustizia. Ben fecero per tutto ciò le recenti legislazioni ad escludere affatto il giuramento purgatorio dal processo penale [21]. † In ispecie poi sarebbe in contradizione col sistema dell'intimo convincimento, come con qualunque legislazione razionale che si fondi sul principio d'accusa ed escluda ogni arbitrio del giudice (*a*); e per ultimo basti il dire che ne sarebbe reso più frequente lo spergiuro (*b*). †

18 Fin dal 1786 la legge di Leopoldo di Toscana (§ 6), aveva proibito assolutamente che fosse dato il giuramento al reo, tanto sul fatto proprio, quanto sul fatto degli altri complici o non complici.

19 Abegg, op. cit., pag. 148.

20 Così il prog. Annover, § 277.

21 Ord. crim. pruss., § 392, di Bad., § 12. Le nuove legislazioni mostrano col loro silenzio di non riconoscere siffatto mezzo di prova. (E il Reg. austr., § 152 lett. *a* dice espressamente, che non possono farsi giurare quelle persone che sono sospette di aver commesso elleno stesse il reato, ecc.).

(*a*) Althof, *Ueber die Verwerflichkeit*, ecc. (Della inammissibilità del giuram. purg.), Rinteln 1835. — Wiek, Arch. del. Dir. crim. 1840, p. 364.

(*b*) Vedi la mia *Proc. pen. ted.* P.e II, pag. 504.

CAPITOLO LXVIII.

Uso del giuramento purgatorio nel diritto comune di Germania.

Essendosi mutate le idee sulla natura del giuramento purgatorio, dovettero naturalmente cambiarsi anche le prescrizioni sui requisiti necessarj per ammetterlo e sulla efficacia della prestazione o del rifiuto. La pratica però si è messa d'accordo sopra le condizioni seguenti (*).

1.° Per poter deferire a un imputato il giuramento purgatorio è necessario che sianvi contro di lui più indizj ch'egli non abbia potuto dissipare [1]. Se i sospetti son lievi non si può passare al giuramento, pel motivo che cotali sospetti non basterebbero nemmeno per la inquisizione speciale, laonde sarebbe una effettiva ed ingiusta coazione. Ma d'altra parte non lo si può deferire nemmeno a chi fosse o già legalmente riconvinto di reità, o tanto urgentemente sospetto, da ritenersi come affatto inverosimile la sua innocenza, poichè in tal caso si avrebbe da temere uno spergiuro. Si richiede adunque (oltre, ben inteso, la verosimiglianza che il reato sia stato commesso) che contro l'imputato vi siano già de' gravi sospetti da cui possa giustificarsi [2].

2.° L'imputato dev'essere di tal precedente condotta [3] che lo faccia presumere molto compreso della santità del giuramento; non dunque un uomo di condotta immorale o irreligiosa; perchè il tribunale dee desiderar sempre che l'imputato possa prestare il giuramento e così rimanere giustificato, e non considerarlo come una specie di tortura che l'imputato sia indotto ad evitare.

3.° Il reato di cui tratta l'accusa non dev'essere assai grave [4], perchè altrimenti sarebbe a temersi che per sottrarsi alla pena l'imputato giurasse. Nondimeno alcuni giureconsulti opinano che quand'anche l'accusa sia grave, non si

(*) Ripetiamo che tutto questo ha oramai un interesse puramente storico — A.

1 Quistorp, § 738. — Grolmann, § 505. — Tittmann, *Man.* III, § 863. *Proc. pen. ted.*, § 178.

2 Heffeter, Arch., pag. 49.

3 Tittmann, III, pag. 543. — Quistorp, § 749. — Heffter, pag. 48.

4 Tittmann, III, pag. 541. — Giurisprud. della Corte suprema di Meklemburg, vol. 1, pag. 89. — Volkmann, *Tratt.*, § 335.

debba togliere all'imputato, se fu sinora di condotta incensurata, il diritto di dissipare i sospetti [5].

4.° Si dee prefiggere un termine all'imputato, entro il quale abbia da prestare il giuramento, colla comminatoria che, scorso questo termine senza ch'egli siasi dichiarato, il giuramento si riterrà come rifiutato. Siccome però il processo penale non comporta, per la sua stessa indole, termini perentorj, così, ove l'imputato, anche dopo la scadenza, giustifichi il ritardo, si dovrà ammetterlo a giurare [6], sempreché non siano sopraggiunti nuovi argomenti per temere uno spergiuro.

5.° La formola del giuramento dev'essere espressa nella sentenza con somma diligenza e circospezione [7], senza condizioni [8], e sopratutto senza la minaccia della pena. Non dee comprendere le cose già provate, ma quelle sole che sono oggetto di quell'imputazione da cui il prevenuto dee purgarsi col giuramento. Con ciò si rende impossibile una *reservatio mentalis.*

6.° Se l'imputato presta il giuramento, si considera come dissipato quel sospetto a cui appunto si riferiva [9], e l'imputato dev'essere definitivamente assolto giacchè egli si è costituito in suo favore una sì forte presunzione che quella contraria viene a perdere onninamente la sua efficacia. Epperò non è giusta l'opinione di quelli che pensano doversi proferire una *absolutio ab instantia;* opinione d'altra parte che deriva dal considerare il giuramento come una specie di tortura.

7.° Per ciò stesso la prestazione del giuramento non può avere nessuna conseguenza pregiudizievole per l'onore o per la condizione civile dell'imputato, essendo egli stato pienamente assolto. Quando però si volesse attaccare a questa assoluzione l'effetto di far perdere all'imputato certi officj, dovrebb'essere detto nella legge, e non si potrebbe addurne altra giustificazione fuor di questa che non debba più coprir certi posti uno che fu una volta sotto processo [10].

5 Heffter, *Arch. del Dir. crim.*, vol. XIV, p. 51.
6 Stubel, *Proc. crim.* § 1542 e la mia *Proc. pen. ted.*, § 178.
7 Abegg, Arch. del Dir. crim., vol. XIV, p. 129.
8 Heffter, ivi, p. 55.
9 Böhmer, *ad Carpzov.* qu. 116, obs. 8. Tittmann, vol. III, p. 544. La mia *Proc. pen. ted.*, § 178. — Heffter, l. c. p. 56.
10 Stubel, Proc. crim., § 1270. *Proc. pen. ted.*, § 159.

8.° Se poi l'imputato rifiuta di giurare si possono bensì supporre rafforzati i sospetti, ma non si può vedervi una implicita confessione [11], senza andar contro alla massima che in processo penale non si ammette acquiescenza di parte, e nemmeno nei reati minori (ove la legge nol dica espressamente [12]), perchè la massima dee valere in tutti i casi. E se talvolta troviamo che per tal rifiuto venne inflitta una pena in casi meno gravi, gli è perchè in questi medesimi casi le leggi d'alcuni paesi si contentano della prova indiziaria.

CAPITOLO LXIX.

Delle pene straordinarie. (*)

Il concetto delle pene straordinarie è assai diversamente inteso nella pratica tedesca. Da prima dev'essere sôrto dalle opinioni, diffuse dai tribunali ecclesiastici [1], che la vera ed ordinaria forma di procedura fosse quella d'accusa, e la inquisitoria fosse straordinaria, e che perciò uno processato in quest'ultima forma dovesse anche subire una pena diversa dalla ordinaria. E benchè quest'opinione siasi poi dissipata, ne rimase però il concetto delle pene straordinarie; e quando tra i giureconsulti italiani si venne agitando la quistione se si potesse condannare sopra indizj, molti proposero, come una via di mezzo, che per essi si potesse proferire una pena straordinaria. Così pure poichè l'art. 22 della C. C. C. poneva sempre maggiori vincoli al giudice e proibiva di punire anche chi era pienamente riconvinto con indizj, molti giureconsulti si credettero autorizzati [2] ad applicare le pene straordinarie. Parecchie legislazioni seguirono apertamente codesto sistema [3], e non mancarono scrittori che pretesero di giustificarlo

11 Martin, *Lehrb.* (Trail.), § 76. — Stubel, op. cit., § 786. — Heffter, p. 56.

12 Non si può trarre veruna conclusione nemmeno dalla c. 8. X *de cohabit. cleric.* nè dalla ord. della Cam. Imp. P.e II, Til. 10, § 2. Vedi la mia Proc. pen. ted., § 178.

(*) La voce *straordinario*, che significa in genere *fuori dell'ordinario*, qui è adoperata a significare *meno dell'ordinario*, e perciò diconsi straordinarie le pene *minori delle ordinarie* — A.

1 Biener, *Beitr. zur Gesch. des Inquis. Proz.* (Contribuz. alla stor. del proc. inquis.) p. 56.

2 P. e. Carpzov. *Praxis. rer. crim.*, qu. 60, n.° 56, 60.

3 P. e., Meister, *Pract. Bemerk.* P.e I, p. 1-50. Klein, nel vecchio Arch. del dir. pen. Vol. I, fas. 2, n.° 2.

anche in teoria [4]. Addussero alcuni l'argomento (già accennato più indietro) che dal momento che la Cost. Carolina concedeva la tortura, veniva in pari tempo a prescrivere che l'imputato contro cui sussitono gravi indizj debba soffrire *un male*, laonde essendo abolita la tortura, bisognava sostituirvi una pena, la quale fosse bensì un male, ma non pari alla pena ordinaria. Altri s'avvisavano di poter difendere la pena straordinaria colla considerazione che la quantità della pena dev'essere (secondo il lor modo di vedere) proporzionata alla quantità della prova di reità, in guisa che se contro l'imputato v'abbia, non già una prova piena, ma soltanto un'alta verosimiglianza, egli debba anche soffrire una pena minore [5]. Alla lor volta i partigiani della teoria della difesa preventiva, ponendo per base il diritto che ha lo Stato d'applicare delle misure coattive contro gli individui pericolosi che minacciano la società civile, si credettero autorizzati anche ad applicare contro di essi misure meno gravi della pena ordinaria. Poi si disse [6], che contro ogni individuo che sia urgentemente sospetto può essere pronunziata una pena straordinaria in quel modo

4 P. e., nella legislaz. leopoldina, art. 110. « Dove il querelato non sia o confesso o convinto, onde manchi la prova piena e perfetta della sua reità, sia però aggravato da sufficienti indizj, potrà il giudice condannarlo in qualche pena straordinaria. » Vedi su di ciò CARMIGNANI nella Gazz. critica di legislaz. stran., vol. I, pag. 359. (Che più? All'epoca repubblicana de'nostri stessi paesi, quando ferveva la lotta de' nuovi contro i vecchi principii, nella patria di Beccaria, sancivasi dal corpo legislativo una legge (25 febb. 1804) in cui si trova l'art. 66 così concepito: *se gli indizii non arrivano al grado di indubitati, ma sia il prevenuto aggravato da urgenti indizii i quali però non costituiscano una prova completa, sarà ritenuto in casa di custodia per il tempo corrispondente alla* QUARTA PARTE *di quello a cui sarebbesi dovuto condannare se il delitto fosse stato pienamente provato. — Se la pena sarebbe stata la morte, la ritenzione sarà da 7 a 12 anni.* E qui non v'ha dubbio che sotto il manto della cautela di polizia si ascondeva la pena straordinaria, perchè parlavasi precisamente di *prova incompleta* e di delitto *non pienamente provato!* Più esplicita ancora era la *Norma interinale del Processo crim. per la Lombardia austriaca* del 1786 che al § 212 determinava: *quando non si potesse avere una compiuta legale prova, niuno debb' essere condannato all' ordinaria pena. Sarà però del* SAVIO *discernimento del giudice il bilanciare se in ragione degli indizii più o meno aggravanti e secondo la qualità del delitto.... si debba ordinare una pena* ARBITRARIA. E al § 248: *quando non concorrano che soli benchè gravissimi indizii si potrà passare appena alla straordinaria condanna* — A).

5 Vedansi in proposito parecchie memorie inserite nell'Archivio del Dir. crim., cioè: EISENHART, vol. III, fasc. 1 e 2; ZACHARIÆ, fasc. 4; BERGK, fasc. 3, n.° 6; WEGIN, fasc. 3, n.° 5. Vedi poi STÜBEL, Dell' essenza di fatto, § 326.

6 GRÆVELL, *Prüfung des Gutachten*, ecc. (Esame del parere della commissione immed.). P.e I, pag. 81. P.e II, pag. 147.

istesso che egli può essere tenuto in arresto durante la procedura; e per ultimo si è tentato ancora di giustificare le pene straordinarie col principio [7], che siccome la grandezza della colpa si misura sulla coscienza che il tribunale se ne è fatta, così quando è deficiente la prova, anche la coscienza del giudice è oscillante.

Ma in questi ultimi tempi la dottrina delle pene straordinarie divenne assai più importante, dacchè i legislatori riconobbero il bisogno di dare ai tribunali il diritto di proferire condanne anche in caso di prova indiziaria. La sola legislazione prussiana [8] preferì il mezzo termine di prescrivere in tal caso le pene straordinarie; ma le altre tutte [9], ammisero anche sopra indizj le pene ordinarie, meno quella di morte. Tuttavia ben si vede che, almeno in questi casi in cui alla pena di morte si sostituisce una pena minore, questa pena minore è, in sostanza, una pena straordinaria; e già abbiam censurato questo sistema in altro luogo (Vedi sopra, pag. 526). Or tornando alla legge prussiana, sorsero teoretiche discussioni per determinare in qual senso sia stata adoperata la frase *pena straordinaria* [10]. Le interpretazioni furono due: 1.ª Che il legislatore prussiano avesse concesso al giudice di condannare anche quando la prova è indiziaria purchè piena; ma che la pena poi deva essere minore della ordinaria, a cagione di quella incertezza che accompagna questa specie di prova. — 2.ª Oppure che ogni qual volta il giudice trova probabile che l'imputato sia reo, possa anche infliggergli una pena eccezionale. Intesa nel primo modo, la legge prussiana non si sarebbe scostata dal sistema delle altre nuove legislazioni, perchè i giudici prussiani non potrebbero proferire una sentenza di condanna se non quando vi fosse una prova bensì indiziaria *ma piena*, con quelle condizioni per le quali anche i giudici austriaci e Badesi ponno condannare. Ma tale non fu al certo l'intenzione della legge; perchè come spiegare allora la rubri-

7 Gans, *Beitr. zur Revis. der process. Gesetzgeb.* (Contrib. alla riforma della legislaz. pruss.), fasc. 1, pag. 92.

8 Ordin. crim. pruss., § 405 e 408.

9 Come si è già dimostrato.

10 Jarke, nel nuovo Arch. del Dir. Crim. Vol. VIII, p. 135; e altre memorie nel giornale d'Hitzig, fasc. I, pag. 246, fasc. 32, pag. 309, fasc. 34, p. 203; fasc. 46, p. 407. — Zum-bach, *Ansichten* (Idee), pag. 376. — Gans, op. cit., vol. I, pag. 92. In difesa poi di quella legge si veda un articolo negli Annali di Klein, vol. XXIII, pag. 144, e Gaevell, op. cit., vol. I, pag. 1, e vol. II, pag. 147.

ca del § 391, che dice *valore della prova non piena?* (*) Così pure il § 406, parla di prova non piena, e presuppone che siavi dubbio se s'abbia da proferire una sentenza dubitativa (*absolutio ab instantia*) o una pena straordinaria, la quale, giusta il § 409, può applicarsi sol quando l'imputato non abbia saputo dissipare i sospetti; oltre di che la legge parla della prova indiziaria come di una verosimiglianza e non più, e se avesse voluto prescrivere che la pena straordinaria s'abbia da infliggere quando avvi una prova piena per mezzo d'indizj, non avrebbe certamente omesso, sull'esempio di altre leggi, di addurre delle regole, almeno in via dimostrativa, secondo cui comporre cogli indizj una prova piena: laonde è da conchiudere che il legislatore prussiano abbia voluto soltanto autorizzare i giudici a proferire una pena straordinaria contro un imputato urgentemente sospetto, sia poi che il sospetto procedesse dal concorso degli indizj, dal detto d'un testimonio classico o dalla incolpazione d'un correo [11]. E per tal modo non era altro che una sanzione di quell'espediente che avevano introdotto nel diritto germanico comune molti giureconsulti, e che parecchi scrittori, anche prussiani [12], avevano difeso, cioè di far luogo a una pena straordinaria per tutelare la pubblica sicurezza [13]. E volendo esaminarne la convenienza bisogna risalire alla quistione più generale, se possa legittimarsi a tenore del diritto comune [14]. E noi crediamo di no, perchè non v'ha legge che parli di pena straordinaria, ed anzi l'art. 22 della Cost. Carolina esclude qualunque sanzione penale in caso di prova indiziaria non piena. Nè vale citare la pratica, perchè son sempre pochi giureconsulti e pochi tribunali, e non una opinione generale e do-

(*) Art. 391: una pena minore di quella prevista dalla legge, o una pena straordinaria, sarà pronunciata ogni qual volta esistano contro l'imputato prove considerevoli, ma nondimeno non così complete che possa aversi il fatto siccome pienamente dimostrato.

11 Apparisce chiaro che il concetto della legislazione prussiana si era dover il giudice condannare sol quando vi fossero motivi prevalenti di verosimiglianza per la reità.

12 Heffter, *Lehrb.* (Tratt.), pag. 656.

13 Klein, *Ueber ausserordentliche Strafen* (Delle pene straordinarie), Berlino 1803.

14 Hairprecht, *De eo quod justum est de reo ex præsumpt. convinc.* Erford 1732. — Weismantel, *De condemnat. facinoros. ex indic.* Erford 1791. — Haus, *De potest. polit. et crim.* Wieselb. 1799. — Holzschuer, *De pœna extraord. defic. prob. plen.* Alf. 1799, — Kleinschrod, *Diss. di dir. pen.*, vol. I.

minante, ed anzi sta contro di essi il voto dei legali di maggior grido.

La conseguenza è dunque che in una legge da farsi non sarà mai da sanzionare codesta instituzione della pena straordinaria [15], e le ragioni teoretiche son le seguenti:

1.° Non si può infliggere una pena se non quando apparisca legalmente che fu meritata, e che la reità è certa. Se lo Stato infligge una pena fuori di questi casi, la confonde colle misure di sicurezza, e dee rinunziar a credere che l'amministrazione della giustizia punitiva infonda fiducia. Imperocchè la pena non farà mai sul popolo quell'impressione che tanto è necessaria per la sua efficacia, se non quando vi sia una persuasione generale che la pena abbia colpito soltanto il vero colpevole.

2.° A nulla giova che in luogo della pena grave minacciata dalla legge, sia stata applicata una pena più mite, perchè anch'essa vien sopportata come pena, per quanto sia breve; e guaj allo Stato se dee riconoscere d'aver colpito un innocente. D'altra parte lo Stato, distinguendo tra la pena ordinaria e la straordinaria, confessa di non aver osato applicare la pena intera, perchè non aveva intera nemmeno la certezza della reità; e per conseguenza distingue tra la pena che dee colpire un reo, riconosciuto come tale, e quella che si proferisce contro chi si dubita se lo sia. Speri indarno il legislatore di tranquillare in tal modo la propria coscienza, per avere in quest'ultimo caso inflitta una pena minore, foss'anche appena qualch'anno di detenzione. Non è forse sensibile anche questa pena più breve? All'infelice che, caduto in sospetto per vaghi indizj, avesse subiti quattro anni di pena straordinaria, chi risarcirà i patimenti di corpo e di spirito che accompagnarono la sua prigionia? Chi indennizzerà lui e la sua famiglia, della sanità perduta, della pace distrutta?

3.° La pena straordinaria è affatto inconcepibile in una legislazione che ammette una teoria legale di prove. È essenziale in codesta teoria il principio che il giudice possa tenere per vero soltanto ciò che è dimostrato coi mezzi di prova riconosciuti dalla legge, e forniti delle condizioni prescritte. Ora il legislatore che fissò quelle condizioni, non

5 Principalmente il parere della commiss. immed. prussiana sul giurì P.e II. Bayl, *Beitr. zum Crim.* (Studi di dir. crim.), pag. 201. Oersted, Arch. del dir. crim., vol. V, p. 645.

fece che seguire i dettami della ragione e dell'esperienza, ritenendo, siccome essenziali, quelle sole che gli parvero indispensabili per raggiungere la verità. E per questo appunto non s' accontentò di un testimonio solo, ma ne volle due, come volle altresì che la confessione fosse giudiziale e pienamente concordante cogli altri dati del processo. Ebbene, questo legislatore istesso, se ammette le pene straordinarie, distrugge d'un tratto il suo proprio edificio, ed annienta quei principj dai quali aveva prese le mosse; poichè concede ai giudici di tener per vera una cosa anche quando non vi sono le condizioni della certezza, quelle che si richiederebbero per poter proferire una sentenza di condanna quantunque a pena minore. Ma per chi è innocente, essere condannato ad otto anni o a quattro è lo stesso; la terribile parola che lo abbatte, si è ch'egli sia reo e che *meriti* una pena. Il legislatore si contradice se, mentre con una mano prescrive scrupolosamente le regole della certezza legale, e riconosce che, mancando tali regole, il giudice dee trovarsi nel dubbio, coll'altra poi lo autorizza a infliggere una pena anche nel dubbio. Poichè, dove avvi una teoria di prove, dee dominare il principio che sia considerato come reo soltanto colui, la cui reità è dimostrata colle regole volute dalla legge, e che in faccia alla legge, chi non è dimostrato tale, è innocente, e come innocente non può subire alcuna pena.

4.° Dove si ammettono le pene straordinarie, cresce il pericolo che si punisca anche un vero innocente, poichè siccome basta pel giudice un'alta probabilità, così tutto è rimesso al suo arbitrio. Il sospetto non si determina con norme precise, come si può fare della certezza legale, per la quale si posson trovar delle regole razionali già sancite dall'esperienza; e siccome la certezza conduce all'applicazione della pena ordinaria, così il giudice va più peritoso e coscienzioso, laddove il sospetto e la verosimiglianza pongono l'animo del giudice in un certo stato indefinito di cui non può darsi un conto esatto, e in cui domina la sua individualità, sicchè è quasi inevitabile che egli proferisca la pena sopra una base ingannevole, e che per di più se ne dia poco pensiero (come l'esperienza dimostra) pel motivo che già non si tratta della pena ordinaria.

5.° La pena straordinaria poi metterebbe il giudice in un grave imbarazzo, ove si scoprisse in seguito con certezza la reità di colui che, come sospetto, ha già subita questa

pena; p, e., qualora uno fosse già stato punito per rapina con dieci anni di carcere come pena straordinaria, e dopo fosse provato o con due testimonj o per sua stessa confessione, che egli era veramente reo di quella rapina per la quale avrebbe dovuto subire per legge la pena di morte [16]. Se si trattasse di pena temporaria vi si potrebbero imputare i dieci anni già subiti, ma come far questo nella pena di morte? Eppure sarebbe cosa veramente esorbitante che uno, dopo d'aver sofferti dieci anni di prigionia (e questi pure non come pena legale del reato), dovesse ancora condannarsi pel medesimo fatto alla morte; laonde (singolare ma necessaria conseguenza) il giudice sarebbe di nuovo costretto a proferire una pena diversa, ossia un' altra pena straordinaria. Or se si considera la pena precedentemente sofferta come una pena giustamente meritata allo stato degli atti d' allora, bisogna pure dedurne che per essa il reato sia legalmente estinto, e che il legislatore, concedendo di applicare una pena straordinaria, abbia voluto fare un beneficio all'imputato [17] col fargli subire una pena meno grave, in ragione della minore certezza che il giudice aveva della sua reità. Per ciò stesso poi non si può più parlare di una pena di complemento aggiunta alla prima.

Scorgesi adunque in quante difficoltà viene a impigliarsi il legislatore, coll'ammettere una instituzione la quale non è retta da veri principj fondamentali, e che poi è del tutto superflua, quando la legge abbia formulata una teoria di prove, ed abbia autorizzato i giudici a condannare anche sopra indizj. Perocchè, ammessa la prova indiziaria, si può, nel maggior numero dei casi in cui si voleva trovar necessario di applicare la pena eccezionale, proferire in quella vece la pena ordinaria; e negli altri casi poi nei quali gli indizj sono così lievi da non potere pronunziare per essi una condanna, è ben più savio consiglio di non permettere pena qualsiasi, per non aumentare il pericolo di punire un innocente.

16 Su questa controversia, vedi il Giorn. d'Hitzig. fasc. 32, pag. 309, e fasc. 34, pag. 203. — Abegg, *Histor. pract. Erört.* (Stud. stor. prat.) Berlino 1833, pag. 254.

17 Se, p. e. in un paese dove la legge non permette di condannare a morte sopra indizj (come in Austria) il reo fu condannato al carcere in vita, non si potrà al certo condannarlo più a morte nemmeno se in seguito si rendesse confesso. Così dispone espressamente anche il Reg. austr., § 373.

Tutti i tentativi esperimentati per giustificare le pene straordinarie riuscirono vani. Se si vuol determinare la quantità della pena in proporzione alla quantità della prova che si è raccolta della reità dell'accusato, si dimentica che la pena non può colpire, per sua natura, che il vero colpevole, essendo per l'appunto la conseguenza meritata di un reato veramente commesso. Pena e reità formano un concetto complesso, come due termini che si corrispondono, laonde non si può concepire una mezza prova, come non si può concepire una mezza reità, poichè il giudice non può parlare di reità se non quando è pienamente dimostrata colle norme stabilite dalla legge. La certezza non ha gradi. Quando non si raggiunge la certezza si è legalmente nei limiti del dubbio, e al dubbio non può corrispondere qualsiasi pena, per quanto siano numerosi gli argomenti per credere piuttosto alla reità fino a che gli argomenti contrarj non siano dissipati. Concediamo che in molti casi la pena riesce minore perchè manca la certezza che concorrano nel reato anche quei caratteri pei quali la legge minaccerebbe una pena più grave, certo però essendo che vi sono quei caratteri pei quali si può applicare la meno grave. Così si supponga che una donna sia urgentemente sospetta d'aver ucciso *dolosamente* il suo bambino, ma che però non se n'abbia una piena prova; e che invece sia cosa provatissima che ella lo ha per lo meno lasciato morire per sua incuria (*); non v'ha dubbio che in questo caso l'imputata può essere punita per infanticidio colposo; ma allora non è già una pena straordinaria, sibbene una pena ordinaria del misfatto che risultò pienamente provato. Se al contrario non fosse certo che la donna avesse partorito (**) o che l'infante avesse vissuto anche fuori dell'utero materno, benchè fosse verisimile, allora non potrebb'essere proferita veruna pena, poichè o l'imputata è veramente colpevole dell'infanticidio, ed è giusto che subisca la pena ordinaria; o non è colpevole e non dee subire qualsiasi pena. E se si vuol giustificare la pena straordinaria coll'argomento di alcuni seguaci della teoria preventiva, che contro colui la cui reità è appena verosimile, non

(*) Se il bambino morì cadendo sulle pietre, nell'atto del parto, può dubitarsi che la madre lo abbia fatto apposta, e l'infanticidio sarebbe doloso; ma in ogni caso è ben certo che fu una somma negligenza il partorire a quel modo. Vedi nei fogli giudiziarj parecchi casi — A.

(**) Vedi il caso riportato nella *Gazz. dei Trib.* di Milano, 5 febbrajo 1859 — A.

si può applicare che una minore difesa sociale, tutto l'edificio cade tosto che si dimostri come la teorica preventiva manca del tutto di base (***). Se non che sarebbe far torto a questa teorica, la quale è del resto difesa da scrittori di chiarissima fama e degni di altissima stima, se si volesse attribuirle l'instituzione della pena straordinaria; poichè questa teoria della preventiva difesa mira anzi (chi ben la comprende) ad essere rigorosamente giusta come qualunque altra teoria penale, e non può permettere che venga irrogata una pena se non a coloro che son dimostrati colpevoli. Sottopongansi pure a misure di sicurezza gli individui sospetti, i quali sono necessariamente pericolosi; ma saranno misure di polizia che non hanno, nè potrebbero avere, il carattere di pena. Sopratutto poi egli è da biasimarsi l'argomento addotto più sopra per giustificare le pene straordinarie, di considerare l'imputato sospetto come sempre sotto procedura e in arresto inquisizionale; perchè si offendono tutti i principj del processo penale col sostenere che lo Stato abbia il diritto di prolungare all'infinito il processo, fino a che cioè i sospetti rimangono sussistenti, quasi nell'intento di volerlo spossare e costringere alla confessione. Nel processo inquisitorio del pari che in quello d'accusa l'imputato ha il diritto di pretendere che quando gli siano state opposte tutte le prove ottenutesi contro di lui, il processo si finisca una volta e che si decida sulla verità dell'imputazione. Poi se fosse, come la si dice, una specie di continuazione di processo, la si dovrebbe subire nelle carceri d'inquisizione, e invece, come si è veduto, la pena straordinaria è veramente proferita in una formale sentenza e si subisce in una casa di pena, ossia ha tutti i caratteri della pena ordinaria.

Indarno adunque si tenta di giustificare questa pretesa conseguenza della prova non piena. Son tutti sofismi contro cui lo stesso buon senso de' suoi propugnatori si ribella, e che non valgono a purgare le pene straordinarie della macchia d'ingiuste.

Aggiunte inedite.

I.ª Si noti che le pene straordinarie si diffusero anche in Italia ed in Francia, dove le combatteva il chiarissimo

(***) Noi che ammiriamo in Romagnosi una delle glorie più fulgide e meno periture d'Italia, dureremo fatica a sottoscrivere a questa sentenza — A.

D'Aguesseau. Si celavano però all'ombra della regola, ingiusta essa pure, che non è necessaria una prova rigorosa quando trattasi di pene minori (*a*).

II.ª In Prussia la pena straordinaria dopo aver durato lungamente fu abolita nel 1846. Nei nuovi codici di Germania non se ne fa tampoco parola.

CAPITOLO LXX.

Delle misure di sicurezza, come conseguenze della prova non piena.

Preoccupati dei pericoli che potrebbero recare alla sicurezza sociale coloro che per insufficienza di prove non vennero puniti, ma che rimasero sotto il peso di gravi sospetti, alcuni scrittori [1] si posero a trovar un riparo in certe misure di publica tutela, da attivarsi contro tali individui. Forse alcuni celavano sotto questa mira quella di introdurre con altro nome le pene straordinarie, che non osavano difendere apertamente; altri credettero di poter dedurre la facoltà di impiegare misure di publica sicurezza dalla Cost. Carolina [2], ed altri da una necessità politica dello Stato [3] e da principj generali. Come surrogato alle pene straordinarie, le misure di polizia meritano quelle stesse censure che noi facemmo contro queste ultime nel precedente capitolo. Quanto alla Cost. Carolina non ci pare che autorizzi punto le misure di precauzione, poichè il passo che si invoca [4] parla soltanto del caso in cui taluno, per certi fatti pienamente provati, apparisca pericoloso alla publica e privata sicurezza, per modo che il giudice pretenda da lui (ad istanza del minacciato) una cau-

(*a*) Bonnier, *Traité des preuves*, p. 678. (Questo concetto che nei reati minori possano bastare prove minori, lo abbiamo già esaminato altrove (pag. 24, nota *); e ci pare che proceda da principj del tutto diversi da quelli che si adducono per la pena straordinaria. È infatti altra cosa è in un reato grave applicar una pena minore della ordinaria, pel motivo che la prova non siasi pienamente raggiunta; e altro è il supporre che trattandosi di reato lieve, un testimonio solo possa esser creduto perchè non potrebbe avere un corrispondente interesse a mentire — A).

1 Kleinschrod, *Abhandl. üb. den unvollkomm. Bew.* (Diss. sulla prova non piena), § 12. — Ranft, *Ueb. den Bew.* (Della prova), § 218.

2 Art. 176, 195 C. C. C. — Konopak, Nuovo Arch. del dir. crim., vol. III, pag. 501.

3 Lotz, ivi, vol. V, pag. 208. *Beiträge zum constit. Staatsrechte* (Studi di dir. costituz.), Darmstadt 1855, fasc. 1, p. 74.

4 Art. 176.

zione [5], o lo sottoponga, in caso d'impotenza, all'arresto. Ma tra questo caso e quello di tener in prigione, per misura di sicurezza, uno che ha pur dovuto andar impunito per insufficienza di prove, c'è una grande distanza [6]. E infatti nel primo caso, a cui provvede la Cost. Carolina, la cagione che mostra un tale come uomo pericoloso è legalmente accertata: o egli deve aver infranto l'*Urfehde* (*), o deve aver minacciato seriamente taluno di un fatto criminoso; e quando l'art. 178 parla di pericoli nascenti *da altri fatti di atroce natura,* devono però queste parole riferirsi alle precedenti e chiarirsi con esse, ossia si dee trattar sempre di fatti accertati, come lo è la infrazione del bando. Così pure la legge (sempre riferendosi all'art. 178) parla del tentativo non ancora pervenuto al grado della punibilità, p. e., di atti preparatorj, di tentativi con mezzi non idonei e simili, e autorizza in questi casi le misure di sicurezza; ma i fatti in sè devon essere certi. Se all'incontro si vogliono applicare anche nei casi di prova non piena, non si avrebbe più per fondamento un fatto dimostrato, ma soltanto una presunzione; e s'irrogherebbe ad uno un male, solo perchè *si crede possibile* ch'egli abbia commesso un reato, e siccome da questa *possibilità* si vorrebbe dedurre il timore di reati futuri, così, mancando la base, è ovvio che verrebbe meno anche la conseguenza.

Nemmeno per principj generali le misure di sicurezza non potrebbero giustificarsi. L'argomento fondamentale che si adduce è questo: che quando uno ha commesso una volta un reato, mostra di avervi una tendenza e potrebbe facilmente commetterne un altro. Ora siffatto argomento non può accettarsi per la sua eccessiva generalità, perocchè vi son dei reati [7] che per la loro stessa indole sono il prodotto d'un impeto momentaneo a cui può lasciarsi trasportare anche un uomo di ottimi sentimenti; ma chi ha avuto la sventura di commetterli, ne resta così atterrito egli stesso e corretto, che conoscendo il pericolo del suo

5 Si disputa se il giudice debba assolutamente aspettare l'istanza della parte o possa agire d'ufficio. Kress ad C. C. C. art. 176, § 2, n.° 3.

6 Gesterding, nuovo Arch., vol. III, p. 590.

(*) Violazione del bando.

7 P. e., nell'omicidio ex impetu (*Todschlag;* anche qui crediamo che l'Autore abbia adoprata la parola *Todschlag* non nel senso di uccisione cioè di morte recata con intenzione soltanto di ferire, (come seguendo il linguaggio del cod. pen. austr. interpretò il trad. franc.). Vedi anche a pag. 595, nota ** A).

stesso temperamento, forma in sè il più serio proposito di non ricadervi mai più. Or contro costui non son necessarie delle misure di precauzione al certo; gli è come se ad uno fosse stata tolta la fisica possibilità di delinquere nuovamente [8].

Ma qui non c'entra l'idea del grado di prova del reato; questo non può influire sul grado del pericolo; la misura di cautela sarebbe sempre una ingiustizia. Poi chi e con quali norme determinerà la misura del pericolo? Per quanto tempo quelle misure dovranno durare? Potrebb'essere prefinito nella sentenza? Qual conto fare del contegno dell'arrestato durante la detenzione? o dovrà rimanervi fino a quando non ci sarà più nessun timore? È impossibile dare adequata risposta a tutte queste domande; predominerebbe sempre in codesta materia l'arbitrio del giudice, nè si potrebbero porre principj direttivi. Noi però siam ben lontani dal voler contestare allo Stato il diritto di attivare dei provvedimenti di cautela contro gli individui riconosciuti pericolosi. Certamente è giusto che l'autorità politica sottoponga a sorveglianza i vagabondi e diffamati, e quelli che escono dalla casa di pena finita la condanna [9]; e in questo senso concediamo che anche coloro che furono processati, e ne uscirono bensì senza condanna ma circondati da una grande verosimiglianza di reità, possano essere sottoposti a sorveglianza politica. E se lo Stato possiede delle *case di lavoro* a cui possano mandarsi legalmente quelle persone, che, per la vita vagabonda, per la mancanza di mezzi di sussistenza o per la loro condotta, riescono di pericolo alla publica sicurezza, certamente potrà rinchiudervi anche coloro che furono assolti *ab instantia;* ma sarà una misura *individuale* e non una regola *generale;* e tanto meno poi una misura da decretarsi dal giudice nella sentenza istessa in cui scioglie dall'accusa per insufficienza di prove; poichè a che mai gioverebbe applicarvi un nome meno temibile, se i cittadini vi dovessero vedere tuttavia la pena straordinaria e l'arbitrio?

8 P. e., nei reati contro il pudore.

9 A questo luogo appartiene la quistione del quanto si possa estendere la sorveglianza politica secondo la legislazione francese. Egli è noto che colla legge del 1832 furono attenuate le misure stabilite dal Codice penale. Vedi la mia diss. nell'Arch., vol. XII, p. 337.

Digitized by Google

(*) La certezza che deve aver il colpevole d'essere immancabilmente colpito dal braccio della giustizia punitiva, è, secondo il nostro parere, una condizione fondamentale tendente a dar forza alle leggi, e a far fiorire l'ordine e la sicurezza publica; ma vogliamo in pari tempo che nel cuore di tutti i cittadini sia ben radicato il convincimento che niuno potrà mai subire una pena se prima non verrà riconosciuto colpevole. Uno Stato in cui i Tribunali si lascin guidare da riguardi politici e si scostino pur una volta dalla sublime loro missione di far *Giustizia*, mancherebbe d'una delle basi cardinali della sua prosperità.

(*) La traduzione francese e palermitana hanno denominato quest'ultimo capoverso *Conclusione*, come se fosse la conclusione dell'opera, mentre nel testo non è che la fine del capitolo. E infatti non contiene alcun riassunto generale dei principj sviluppati nell'intiero trattato, ma soltanto un concetto che, come ben vede il lettore, si attiene strettamente al soggetto delle misure di sicurezza — A.

ERRATA.	CORRIGE.
Pag. VIII della Prefazione, linea 7 *in luogo di* percorsi	*leggasi* precorsi.
Pag. 3, linea 12, *in luogo di* sono tenuti	*leggasi* non sono tenuti.

FINE.

Digitized by Google

INDICE

Prefazione del Traduttore. Pag. v
Avvertimento xi
Prefazione dell'Autore . . . xiii

PARTE PRIMA.

Della prova in genere nel processo penale e del modo di regolarla, secondo che la facoltà di pronunziare le sentenze spetta ai giudici giurisperiti od ai giurati.

Capit. I. Import. della prova nel processo penale . . . . » 1
» II. Svolgimento storico delle idee sulla prova . . . . » 8
» III. Influenza delle due forme fondamentali di procedura accusatoria ed inquisitoria, sulla teoria della prova . . . . . » 30
» IV. Forme miste di procedura . . . » 41
» V. Confronti tra la prova nel processo penale e la prova nel processo civile » 54
» VI. Della prova in generale; in particolare poi della prova nel processo penale . . . . » 60
» VII. Verità, Certezza, Convincimento . » 65
» VIII. Qual via debba tenere la legge nel cercare la prova. » 77
Capit. IX. Tentativi fatti da alcune legislazioni per stabilire un sistema di prove legali . . . *Pag.* 85
» X. Dell' indole e del merito che ha la teoria germanica sulle prove . . » 98
» XI. Esame del sistema di prove adottato dal progetto bav. del 1831 . . . » 115
» XII. Esame del sistema adottato dall' ord. crim. oland. . » 118
» XIII. Giurì e sistema legale di prove . » 121
» XIV. Esame del sistema che attribuisce la facoltà di sentenziare bensì ai giudici permanenti ma senza teoria di prove . . . . . » 147
» XIV. *bis.* Modificazione della teoria delle prove secondo che sia libera o no al giudice la scelta di esse . . . . » 152
» XV. Fonti della certezza . . . . . » 155
» XV. *bis.* Mezzi di prova. » 163
» XVI. Distinz. delle prove, e in particolare della prova completa ed incompleta, naturale ed artificiale . . . . » 171
» XVII. Se nel processo pe-

nale si possa parlare di *carico della prova* . . *Pag.* 175
Cap. XVIII. Della prova in aggravio. . . . . » 184
» XIX. Della prova a discolpa . . . . . » 186
» XX. Rapporto vicendevole tra la prova in aggravio e quella a discolpa . » 192

PARTE SECONDA.

Della prova mediante ispezione oculare del giudice.

» XXI. Concetto dell' ispezione oculare e motivi della sua forza provante. . . » 197
» XXII. Casi in cui si deve procedere all'ispezione oculare . » 206
» XXIII. Modo di assumere l' ispezione oculare . . . . . » 208
» XXIV. Regole da seguirsi nelle ispezioni oculari in certi reati. » 212
» XXV. Regole sulla forza provante e sull'efficacia dell'ispezione oculare . . » 217

PARTE TERZA.

Della prova mediante il parere dei periti.

» XXVI. Natura della prova per periti . . » 223
» XXVII. I periti considerati secondo le diverse legislazioni . . » 236
» XXVIII. Regole da seguirsi nell' assumere le perizie . . . » 244
» XXIX. Regole speciali per le perizie secondo le diverse specie di reati . . . » 260
» XXX. Valore della prova per periti . . » 269

PARTE QUARTA.

Della confessione dell'imputato.

Cap. XXXI. Genesi della prova per confessione . . . *Pag.* 279
» XXXII. Indole e valore della prova per confessione, secondo le diverse legislazioni ed i diversi principj di procedura penale. . . . . » 287
» XXXII. *bis*. Importanza della confessione nei giudizj per giurati secondo le diverse legislazioni. . . . » 301
» XXXIII. Requisiti di una valida confessione quanto alla sua essenza . » 303
» XXXIV. Requisiti della confessione quanto alla forma. . » 310
» XXXV. Dell'efficacia della confessione, massime rispetto alla prova del fatto in genere del reato. . . . . » 324
» XXXVI. Della confessione qualificata . . » 332
» XXXVII. Della revoca della confessione. » 340

PARTE QUINTA.

Della prova per testimonj.

» XXXVIII. Dei testimonj in generale . . » 347
» XXXIX. Della prova testimoniale secondo la diversità delle legislazioni . » 364
» XL. Dell' obbligo di far testimonianza . . . . . » 378
» XLI. Credibilità dei testimonj. Gradi di essa. Testimonj inabili . . . » 387
» XLII. Dei testimonj sospetti . . . » 398

Cap. XLIII. Come si possa valutare il grado di credibilità di un testimonio . *Pag.* 415
» XLIV. Requisiti della prova testimoniale. » 421
» XLV. Valore della testimonianza . . » 432
» XLVI. Degli effetti di più testimonianze sospette. . . . . » 439
» XLVII. Delle contradizioni tra i testimonj. » 442

PARTE SESTA.

Della prova per mezzo di documenti.

» XLVIII. Natura della prova per documenti. » 447
» XLIX. Delle diverse specie di documenti. » 458
» L. Requisiti dei documenti, in generale . . . . » 465
» LI. Come si dimostri la genuinità dei documenti . . . » 465
» LII. Valore dei documenti, quanto al loro tenore . . » 471

PARTE SETTIMA.

Della prova per concorso di circostanze.

» LIII. Indole della prova circostanziale . » 475
» LIV. Concetto della prova artificiale secondo le diverse legislazioni , . . » 485
» LIV. *bis*. Stato attuale della legislazione, circa la prova indiziaria . . . » 487
» LV. Indizj; Presunzioni; Specie degli indizj . . . . . » 490
» LVI. Indizj d'innocenza. Contro-indizj . » 496
Cap. LVII. Ricerca degli indizj . . . *Pag.* 498
» LVIII. Qual prova faccian gl'indizj . . . » 510
» LIX. Valore della prova indiziaria in generale . . . . » 515
» LX. Valore della prova indiziaria del diritto comune germanico . . . » 520
» LXI. Disposizioni sulla prova indiziaria nelle nuove leggi . . . . . » 525

PARTE OTTAVA.

Del concorso di più specie di prova, ossia della prova composta.

» LXII. Concetto della prova composta . » 527
» LXIII. Valore della prova composta nelle diverse legislazioni . . . . . » 531

PARTE NONA.

Della prova non piena.

» LXIV. Effetti della prova non piena . . » 535
» LXV. Della sentenza dubitativa (*absolutio ab instantia*) . » 537
» LXVI. Del giuram. suppletorio . . . . » 548
» LXVII. Del giuram. purgatorio. Sua definizione e valore . » 550
» LXVIII. Uso del giuramento purgatorio nel diritto comune di Germania . . » 555
» LXIX. Delle pene straordinarie . . . » 557
» LXX. Delle misure di sicurezza, come conseguenza della prova non piena . » 566

INDICE ALFABETICO.

(*Il numero segna la pagina*).

A.

Abitudine al furto. Non può provarsi colla sola confessione, se non vi è la prova dei fatti, **331**, nota *.
Absolutio ab instantia. Vedi *Sentenza dubitativa.*
Accusa (Principio d'). Vedi *Forma accusatoria*, ecc.
—— (Camera d'accusa), sistema preferibile, **52.**
—— (Conchiuso d'accusa); rimedio contro di esso, **46.**
Acquiescenza dell'imputato. Inammissibile nel dir. pen., **58** e **59.**
Appellazione. È una conseguenza della teoria legale di prove, **357.**
Arresto durante l'inquisizione. Ragioni per le quali è spesse volte necessario, **64.**
Assenti (imputati). Non si può ritenerli *confessi*, per ciò solo che non si presentino alla citazione edittale, **59.**
Avvocati, quali testimonj, **383.**

C.

Camera d'accusa. Instituzione preferibile a quella di dar al Tribunale decidente anche la facoltà di porre in accusa, **52.**
Capacità a delinquere per cattiva fama, **93.** Se si possa dedurre da un fatto posteriore a quello imputato, **513.**
Carico della prova. Se e come esista nel processo penale, **175** e segg. Presunz. del dolo, **180**, nota.
Carmignani. Sue idee sul processo accusatorio ed inquisitorio, **41.**
Cattiva fama. Fonda una presunzione di capacità a delinquere, **93.**
Certezza. Sua natura, e definizione **73.** Fonti della certezza.
—— Modi di argomentare: 1.° dal possibile al reale; 2.° per analogia; 3.° dall'accessorio al principale, **156** e **157.** Le argomentazioni hanno sempre luogo, qualunque sia la specie delle prove, **157** e **158.**
Cessazione per insufficienza di prove. Sovrana Pat. 5 maggio 1858. Regole a cui si connette, **86.** Suoi meriti, *ivi*, suoi difetti.
Componimento col danneggiato; se sia una confess. implicita, **315.**
Comparazione dei caratteri, **455.**
Conchiuso d'accusa. Vedi *accusa.*
Condannati e processati (testimonianza dei), **394–397.**
Confessione (Prova per). Per quali argomentazioni si crede alla confessione, **158**, **167** e **284.** Genesi della prova per confessione, **279.** Opinione di alcuni di non dar fede alla confessione, **280.** Vera efficacia della confessione, **282.** Rivista di legislazioni, **287** e segg. Influenza del diritto canonico, **291.** Forme processuali, loro influenza, **290** e segg. Se anche in caso di confessione si abbia da esaurire il dibattimento, **301.** Requisiti della confessione: che sia verisimile, **303**, credibile, *ivi*; determinata, **306**, perseverante ed uniforme, **307**, concordante con altre prove, **308**, giudiziale, **311**, espressa, **314.** Se la transazione col denunziante, sia una confessione implicita, **315.** Libertà della confessione; mezzi coattivi; prolungata detenzione, **316** e **317.** Domande suggestive, **319**, **322**, nota *. Prova del fatto in genere, **324.** Dubbj **327** e segg. Disposizioni della legge austr.. **331.** Revoca della confessione, suoi effetti, **340** e seg.

Digitized by Google

—— **qualificata.** 82 e 332. Sua efficacia quanto alla prova, 334. Prova e presunzione del dolo, 336 e segg. Idee attuali sulla confessione qualificata, 338. Scindibilità, 339.
Congiunti (testimonianza dei), 380, 409.
Conjuratores e **compurgatores.** Vedi *giuramento purgatorio.*
Convincimento, 70.
—— **intimo.** Confronti col sistema delle prove legali, 100 e seguenti. Qual stima debba farsi di questa formola, 111, 161.
—— dedotto dalla prova indiziaria, 315 e seguenti.
Corpo del delitto. Vedi *Essenza di fatto.*
Correi confessi. Loro testimonianza, 404, 408.
Curti Giuseppe. Processo citato, 267.
Costituti. Modo di assumerli; censurata l'indebita insistenza, 4 e 289.

D.

Danneggiato (testimonianza del), 399-402.
Denunziante (testimonianza del), 403.
Dibattimento finale. Ottimo mezzo per scoprire la verità. Nella decisione non devono valere altre prove, fuor quelle di cui si fece uso nel dibattimento, 49. Protocolli di dibattimento, 49 e 50. Modo di stenderli, 460, nota *.
Disobbedienza (Pene di). Natura loro; abolite, 4.
Dispacci telegrafici. Qual prova facciano, 461.
Documenti. Come siano un mezzo di prova, 169.
Documenti (Prova per). Definiz. dei documenti, 447. Uso di essi, 448. Da che procede la loro forza provante, 449. Forme esterne, *ivi.* Essi comprendono in sè o confessioni, o testimonianze, 450 e seg., oppure sono il reato, o il mezzo, o l'oggetto d'un reato, *ivi.* Genuinità 455, 465, comparazione di caratteri, 455. Documenti publici e privati, 459. Protocolli d'ufficio, 460. Documenti esteri, 461. Dispacci telegrafici, 461. Requisiti dei documenti; devon essere originali, 463, intieri, 464, illesi, *ivi.* Valore della prova, 471, e seg.
Dolo (Presunzione del), 180, nota.
Duello. Perchè siano rare le condanne nei titoli di duello, 136, nota.

E.

Eccezioni. Come si provino e da chi, 181.
Equipollenti (Indizi), 495.
Esame dell'imputato. Modo di assumerlo, 289.
Esame dei testimonj. Vedi *Testimonj.*
Esame incrociato nel diritto inglese, 91. Come si faccia nel sistema austr., 92, nota.
Essenza di fatto. Come si provi per mezzo della confessione, 324. se possa provarsi per mezzo d'indizj, 507 e seg.

F.

Fanciulli (Testimonianza dei), 390.
Fatto in genere. Vedi *Essenza di fatto.*
Forma accusatoria e **inquisitoria.** Loro caratteri e loro effetti sul sistema delle prove, 30. Metodo *sintetico* nel processo inquisitorio, e metodo *analitico* nell'accusatorio, 32. Giudici permanenti e giurì, 35. Influenza della costituzione politica, 36 e 43. Forme miste, 41. Ogni processo, sotto certo aspetto, è accusatorio, 45. Per quali principj dev'essere preferita l'una o l'altra forma, 47. Principio generale, 49.
Forme miste di procedura, 41.
Fuga. Vedi *indizj,* 501.

Digitized by Google

G.

Giudici permanenti e Giurì. Confronti, 100.
Giudici permanenti e libero convincimento. Obbiezioni a questo sistema, 147 e seg.
Giudizj di Dio, 9.
Giuramento purgatorio, 550-557.
—— **suppletorio.** Sua natura e requisiti, 548,550.
Giurì. Sua essenza, e guarentigie che arreca al processo, 3, 100. Come si costituisca in Francia, *ivi*, in nota. Suoi caratteri distintivi, 121. Obbiez. che furon fatte al Giurì, e risposte, 122 e seg. Sua efficacia, specialmente nei reati politici, 124 e 127. Votazione, unanimità e maggioranza, 128 e 129. Giurì inglese, 132. Condizioni che si richiedono a render utile il Giurì, 134 e seg. Modo di proporre le domande al Giurì, 137. Influenza della costituzione politica, 137-139. Stato ultimo delle quistioni sul Giurì, 140 e seg. Se possa obbligarsi il Giurì a dare i motivi delle sentenze, 145. Cenno sul Giurì in Austria, 146, nota **.
Giustificazione mendace, 513.
Grazia sovrana nei reati capitali, 297, nota *.
Guardie. Loro testimonianza. Dispos. speciale del Cod. estense, 376.

I.

Impiegati. Esenti dalla testimonianza in cose di segreto d'ufficio, 383.
Impuberi (Testimonianza degli), 390.
Indizj. Ragione del nome e della fede che in essi si ripone, 159 e 160.
—— (Prova per); varie denominazioni sinonime, 475. La prova indiziaria è indispensabile, 476. Presunzioni, 478. Essenza della prova indiziaria, 479 e seg. Influenza delle forme processuali, 480, 481. Rivista di varie legislazioni, 483 e seg. Stato attuale, 487. Diverse specie d'indizj, 490. Diretti, indiretti, antecedenti, concomitanti, susseguenti, comuni, particolari, prossimi, remoti, legali, non legali, 492-495. Equipollenti, 495. Indizi d'innocenza e presunzioni in favore 496 e 497. Ricerca degli indizj, 498. Esempj 500, 501. Come si provino gli indizj, e se possano provarsi con altri indizj, 503. Altre regole 504 e seg. Se il fatto in genere si possa provar con indizj, 507 e seg. Una sola circostanza di fatto non può costituir più indizj, 509. Forza provante degli indizj, 510. Numero degli indizj, 512. Capacità a delinquere, e smentita giustific., 513. Come gli indizj rendano convinto l'animo del giudice, 515 e seg. Esame di leggi romane e tedesche, 520-525.
Inimicizia. Concetto, 81.
Inquisitorio (Principio), 20 e seg.
Inquisizione preliminare. Se possa essere publica, e con un difensore, 40 e 64.
Inscriptio in crimen. Che cosa fosse nel dir. rom., 46.
Insufficienza di prove. Vedi *Sentenza dubitativa.*
Ispezione oculare del giudice. Concetto, 197. Intervento del giudice; protocollo dell'ispezione, 198 e 199. Se l'attuario debba scrivere sempre ciò che detta il giudice, 199, nota. Importanza che hanno le ispezioni nel sistema dell'oralità, 203-205. Quando si proceda all'ispezione, 206. Modo di assumerla, e regole relative, 208-212. Regole speciali per singoli reati, e in casi di dubbio o sulla imputabilità morale, 212-217. Se si possa costringere l'imputato a scrivere per somministrare materia di comparazione di caratteri, 217, nota *. Effetti dell'ispezione giudiziale. È di solito prova indiretta quanto all'Autore, 217-221.

Digitized by Google

L.

Lettura delle deposizioni testimoniali al dibattimento. Vedi *Testimonj*.

M.

Medici Leopoldina. Citato il suo processo, **421.**
Medicina legale. Convenienza di un insegnamento speciale, **241.**
Mezzi di prova. Scelta di essi, libera o non libera, e perchè, **6.** Influenza sulla teoria delle prove, **152.** Principj fondam. **153.** Distinz. tra i mezzi di prova, **165.** Caratteri di essi, **166.** Definizione, **170.**
Ministero publico. Vedi *Publico ministero.*
Misure di sicurezza, in caso di prova non piena, **566** e seg.
Motivi delle sentenze. Loro importanza, **107.** Se siano conciliabili insieme motivazione di sentenza e sistema di libero convincimento, **112.** Vantaggi delle motivazioni, **113.** Cenno storico, *ivi*, nota. Se il Giurì debba dare i motivi delle sue decisioni, **145.**

O.

Oralità, non è essenziale al sistema accusatorio.

P.

Parenti (Testimonianze dei), **380-409.**
Pena di morte. Se, quando il giudice crede l'imputato degno di grazia, non sia conveniente dargli il diritto di discendere egli stesso a una pena temporaria, **297,** nota *.
Pene di disobbedienza. **4.**
—— **straordinarie.** Loro natura e quistione sulla loro ammissibilità, **557** e seg.
Periti. (Prova per). È una prova a sè e non una sottospecie della ispezione giudiziale, **166** e **224.** Analisi degli elementi da cui si trae la forza provante delle perizie. **167** e **232.** In quali casi si ricorra alle perizie, **223.** Condizione dei periti nel processo penale, **226.** Se siano testimonj soltanto, **228,** o soltanto ausiliarj del giudice, **229.** Scelta dei periti, **236.** Rivista di legislazioni, **236** e seg. Conven. di un insegnamento speciale medico legale, **241** e **278.** Citazione dei periti al dibattimento, **243** e **273.** Regole nell'assumere le perizie, **244.** Se un testimonio possa essere perito, **245.** Periti stranieri e facoltà mediche di università straniere; se si possano sentire i loro voti, **246** e **247.** Numero dei periti, **249.** Obbligo di prestarsi come perito, **250.** Giuramento di opinione, **251.** Protocollo di perizia, **257.** Conflitto di pareri, **258.** Regole speciali, **260** e segg. Perizie sullo stato mentale, **267.** Valore delle perizie, e se il giudice vi sia vincolato, **273.**
Perizie calligrafiche, **455.**
Polizia (Misure di), in caso di prova non piena, **566** e seg.
Possesso di cose del reato. Vedi *Indizj*, **500.**
—— **nascondimento** e **tentata vendita** delle cose rubate. Se siano tre indizj, **509.**
Presenza in luogo. Vedi *Indizj*, **500.**
Presunzioni. Vedi *Indizj.*
Presidente del dibattimento. Suoi poteri, **53.** Se sia bene che il presid. riassuma i risultati del dibatt. in un discorso diretto ai giurati ed ai giudici, **188.** Esame dell'accusato, **289** e **296.**
Presunzione del dolo, se vi sia nella legge, **180,** nota.

Presunzione di non imputabilità degli impuberi stabilita dal Cod. pen. austr., 184 nota.
Processo civile e penale. Confronti circa l'indole delle prove, 55.
Procuratore di Stato. Vedi *Publico ministero.*
Protocolli di dibattimento. Modo di tenerli. 49, 50 e 460.
Prova. Sua natura, definizione, ecc., 60 e segg.
—— Sua importanza nel processo penale, 1. Sistema di prove, o libero convincimento, 5 e 100. Quante volte in un processo si tratti delle prove, 7. Storia delle idee sulla prova, 8, 28 e 29. — Prova nel penale e prova nel civile. Confronti, 54. Carico della prova; nel processo penale, 175 e segg. Prova in aggravio dell'imputato, se si possa scindere da quella a discolpa, 184 e 187. Rapporto tra l'una e l'altra 193 e segg.
—— **composta.** Concetto, 527. Requisiti, 529. Idee attuali sulla prova composta, 533. Legislazione austriaca, 534.
—— **non piena.** Suo concetto, 535. Effetti che produce, 536. Sentenza dubitativa, 537-548. Giuramento suppletorio e purgatorio, 548-550-557. Pene straord., 557 e seg.
Prove. Devono valere contro l'imputato quelle sole di cui si fece uso nel dibattimento, 49. Prova piena, semipiena e più che semipiena, 171. Naturale e artificiale o circostanziale, 173.
—— (mezzi di prova). Vedi *Mezzi di prova.*
—— **legali.** Vedi *Teoria di prove.*
—— **incomplete,** 527 e seg. Quistioni relative alla legge austr., 534. differenza tra *prova incompleta* e *prova non piena*, 535, nota *.
Publicità. Limitata e perchè 51. Come lo sia nel Cod. di Modena, 97.
Publico ministero. Non è veramente una *parte* in causa, 85. Non può essere ricusato, 78.

Q.

Quæstiones perpetuæ, 10.

R.

Revoca della confessione, 340 e seg.
Ricorso. Se nel sistema austriaco si possa ricorrere contro una sentenza, quando i giudici, ammettendo che *vi sono le prove,* dichiarano però di non essere convinti, 97, nota *.
Ricusa dei giudici (diritto di), 78. del Pub. min. 78.
Ritrattazione della confessione, 340 e seg.

S.

Sacerdoti. Quando siano esenti dal fare testimonianza, 383 e 385.
Scioglimento dall'accusa per insufficienza di prove. Vedi *Sentenza dubitativa.*
Sentenza dubitativa. Se sia ammissibile la formola dub., 537-548.
—— **di morte.** Se sia bene vietarla in caso di prova indiz., 526.
Sicurezza (Misure di), in caso di prova non piena, 566 e seg.
Smentita giustificazione. Come si provi, 513.
Sordo-muti (Testimonianza dei), 393.

T.

Telegrammi. (Dispacci telegrafici). Qual prova facciano, 461.
Teoria di prove. Nel diritto romano, 10, 12; nel diritto germanico, 12 e seg. In Italia, 16. Beccaria e Filangieri, 17; in Austria, 19.

Digitized by Google

Teoria negativa, **25** e **95**. Obbiezioni contro la teoria legale di prove, **79** e seg. Regole fondamentali, **83**. Tentativi fatti **86**. Teoria inglese, **88**, teoria di prove e libero convincimento, **100** e seg.

Testimonj (Prova per). Definizione del testimonio., **347**. Per quali argomenti si può dubitare dei testimonj, **349** e **388**. Credibilità dei testimonj in generale, **387** e **415**. Giuramento, **351**; come debba assumersi. Se debba ripetersi nel processo e nel dibattimento, **352**, **353** e **356**. Testimonj non giurati, **356**. Formalità e metodo nell'esame, **357-361** e **428**. Lettura delle deposizioni scritte, **363**. Influenza delle forme processuali sulla prova testimoniale, **364**. Storia, **367** e seg. Processo inglese, **372**. Stato attuale delle legislazioni, **395**. Disposizione speciale del Cod. estense sulle deposizioni delle guardie lodata, **376**. Testimonj di *sentito dire*, **377** e **431**. Obbligo di far testim., **378**. Parenti, **380**. Quistioni relative nel dir. austr., **382** e **410**. Avvocati, impiegati, sacerdoti; loro testimonianza, **383**. Medici, chirurghi, levatrici, **386**. Dei testimonj sospetti e inabili, **388**. Fanciulli, **390**. Dementi, **392**. Sordo-muti, **393**. Condannati e processati, **394-397**. Danneggiato, **399-402**. Denunziante, **403**. Correi, **404**. Legisl. austr., **408**. Amicizia, **411**. Inimicizia, **412**. Dipendenza, *ivi*. Altri rapporti, **413** e seg. Regole generali, **415** e seg. Requisiti della prova testimoniale, **421** e seg. Domande suggestive, **429**. Numero dei testimonj, **430**. Valore della testimonianza, **432**. Se provi il fatto in genere anche quando questo non lasciò tracce **435**, e seg. Effetto di più testim. sospette, **439**. Qual prova facciano quattro testimonj sospetti, **441** e **534**. Contradizioni tra i testimonj, e regole relative, **442** e seg.

Testimonj sospetti od inabili, **21**, nota 81. La legge non dee allargarne di troppo la lista, **154**. Non bastano due, ma ce ne vogliono parecchi, e perchè, **168**. Trattazione più particolare dell'argomento, **388** e seg. **398**. Fondamenti di dubitare di una testimonianza, *ivi*. Effetti di più testimonianze sospette, **439**. Se quattro testimonj sospetti facciano due prove incomplete, **441** e **534**.

Testimonianza. Anche nel dar fede alla testimonianza si seguono delle argomentazioni, **158**, **159**, **168**. Del resto vedi *Testimonj*.

Testimonj di prova e a schiarimento. Distinzione che si fa nel processo francese, ma che non può lodarsi, **85** e **355**.

Transazione. Vedi *Componimento*.

U.

Ubbriachezza. Reati commessi durante l'ubbriachezza, **277**.

V.

Verità formale, verità materiale, assoluta, di fatto, **9**. Idea della verità, **65**. Verità obbiettiva e subbiettiva, **66**. Convincimento, **70**. Per quali vie l'animo giunga al convincimento, **71**. Certezza, **73**. Verosimiglianza, **74**. Applicazione del § **260** Reg. di proc. pen. austr.

Verosimiglianza, **74**.

Votazione dei giudici e dei giurati. Numero dei voti, **128** e **129**.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google